



INTERNATIONAL LAW YEARBOOK

VOLUME 2 - 2009

ISSN 1916-3096

IN THIS ISSUE :

- LES GARANTIES JUDICIAIRES : LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - ISABELLE MACKAY 5**
- LA PROTECTION DES ENFANTS SOUS LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - GAIL NORAH DORCINE 27**
- THE RELATION BETWEEN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND ORGANIZED CRIME -NÓRA SZÉLES 53**
- LE JUS GENTIUM- DR. LOUIS-PHILIPPE F. ROUILLARD 68**
- THE LEGALITY OF THE WAR AGAINST AFGHANISTAN- ATILA SARI 85**
- A SZERVEZETT BŰNÖZÉS FOGALMÁNAK MEGJELENÉSE A BÜNTETŐJOGBAN - NÓRA SZÉLES 95**

The *International Law Yearbook* results of a merger with the *Eastern European Law Journals* in to the *Free Law Journal* and of a rationalisation of resources to provided a yearly account of progress of law in all domains and sector of practice and research. It aims at providing the freedom of publishing juridical research from everywhere and on all subjects of law. Its goal is to promote respect of the rule of law and the fair application of justice by sharing juridical research in its pages.

Academics, post-graduate students and practitioners of law are welcome to submit in the academic section their articles, notes, book reviews or comments on any legal subject, while undergraduate students are welcome to publish in our student section. The list of fields of law addressed in these pages is ever-expanding and non-restrictive, as needs and interests arise. If a field is not listed, the author simply needs to propose the article and the field believed of law applicable; we will insure to create and list it.

We accept articles in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Inuktitut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian, Spanish and Turkish.

The material submitted for publication remains copyrighted to the author. If the author has interest in publishing elsewhere after having published in our pages, no permission to do so will be necessary. The author remains in full control of his or her writings. Articles of superior value will be considered for incorporation in collective works for publishing. We always accept submissions. To submit, please read the [submission guidelines](#) or ask us any question at: FLJ@FWPublishing.net .

List of subject addressed - (as it currently stands - modified as need arise)

Administrative Law	Immigration Law	Private International Law
Admiralty law	Intellectual Property Law	Private law
Antitrust law	International trade law	Procedural law
Alternative dispute resolution	Patent	Property law (Public)
Anti-Terrorism	Trademark Law	International Law (See International Law (Public))
Bankruptcy	International Humanitarian Rights Law	Refugee Law
Business Law	Laws of Armed Conflicts	Religious law
Canon Law	Laws of war	<i>Islamic Law (Sharia)</i>
Civil Law	War Crimes Law (Belgium)	Qur'an
Common Law	International Law (Public)	Sharia
Comparative Law	Diplomatic Relations	<i>Jewish law (Halakha)</i>
Constitutional Law	Jus Gentium	Hebrew law (Mishpat Ivri)
Contract Law	Treaties Law	Talmud
(Consuetudinary law)	Labor law	Taqlid
Obligations	Law and economics	<i>Christian (other than Canon Law)</i>
Quasi-contract	Law and literature	Twelve Tables
Corporations law	Medical Law	Roman Law
Criminal Law	Public Health Law	Sacred text
Organised Crime	Public Law	State of Emergencies Laws
Criminal Procedure	Malpractice	Space law
Cyber Crime Law	Mental health law	Tax law
Penal law	Military law	Technology law
Cyber law	National Legal Systems -	Torts Law
Election law	(Laws of any national legal system that is not of a precise category)	Quasi-delict
Environmental law	Nationality and naturalisation	Trusts and estates Law
European Law	Laws	Liens
Evidence Law	Natural law	Water law
Family law	Philosophy of Law	Zoning
History of Law		
Human Rights Law		

All material published are available for free at <http://www.FWPublishing.net> and can be used freely for research purposes, as long as the authors' sources are acknowledged in keeping with national standards and laws regarding copyrights.

All mail correspondence can be made with the editorial board at 82-146 Stewart Street, Ottawa, Ontario, K1N 6J7 Canada, while electronic correspondence can be made through FLJ@FWPublishing.net .

The views and opinions expressed in these pages are solely those of the authors and not necessarily those of the editors, Free World Publishing Inc.

Cite as (2009) 2 Int'l. L. Yrbk.

ISSN 1916-3096

FREE LAW JOURNAL SUBMISSION GUIDELINES

Important. The following is not meant to discourage from submitting; only to ensure quality. If your article conforms to your own national standard of writings, we accept all and any format as long as arguments are justified by footnotes or endnotes. Never hesitate to submit an article : if there is a need for improvement, we will inform you and we will always remain open for re-submissions.

1. Academics, Post-Graduate Students and Practitioners of law are all welcomed to publish their book reviews, comments, notes and articles.

2. All legal subjects are considered for publication, regardless of the legal tradition, national or international field of expertise. The only limit to the extend of our publishing would be content that is illegal in national legislation (i.e. enticement to hatred) or against international norms (i.e. promoting genocide).

3. Articles are welcomed in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Innuktikut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian, Spanish and Turkish. Note that our staff is limited and therefore we use "Word Recognition Processors" to communicate in some languages. Nonetheless, this does not prevent understanding articles submitted in these language and we are not interested in measuring every word of your article: simply in publishing your writings. Therefore, we will review the general content, but leave with you the precise sense and meaning that you want to convey in your own language. If translation is desired by the author, we then submit it for translation to a translator.

4. Their is no defined system of reference (footnotes or endnotes) demanded. As long as you justify your argument through references (author and work), we accept all writings respecting your own national standards. Exceptions: For Canadians, the Canadian Legal Guide to Citation is recommended but not mandatory. For Americans, referencing is expected to be in accordance with Harvard University's The Bluebook, A Uniform System of Citation. Any breach of copyrights is the sole responsibility of the author.

5. The author retains the copyrights to his or her writings. As articles are unpaid for, ownership remains within your hands. We act as publishers and caretaker. Nothing prevents you from publishing elsewhere. You may even decide to have the article taken off this site if another publisher desires to buy the rights to your article.

6. We reserve ourselves the right to edit the content or length of the article, if at all necessary.

7. We do not discriminate in any way. Our aim is to bring under one roof perspectives from everywhere and everyone. Never hesitate to submit.

8. If you desire information or desire to submit, do not hesitate to contact us at : FLJ@FWPublishing.net.

Dr. Louis-Philippe F. Rouillard
Editor-in-Chief, Free World Publishing Inc.

LES GARANTIES JUDICIAIRES : LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE

ISABELLE MACKAY

La prise de conscience de la nécessité de protection de droits de la personne est un phénomène mondial en constante évolution. Suite à une longue histoire de violation des droits de la personne dans tous les continents, différents systèmes pour la protection de ces droits ont été établis. Le système interaméricain des droits de la personne est l'un d'eux. Il s'agit d'un système complexe encore nouveau, mais qui s'est développé rapidement dans les dernières décennies. Une partie importante du système est la protection spécifique de garanties judiciaires. Suite à un aperçu général du système interaméricain, nous verrons en quoi consistent ces garanties judiciaires. Par la suite, nous toucherons au concept de l'indérograbilité de ces garanties, pour terminer avec une comparaison de la notion d'aveux à travers différents systèmes de droits de la personne.

I – Aperçu général du système interaméricain de protection de droits de la personne

Le système interaméricain de protection de droits de la personne est un système régional très unique. Il s'agit d'un régime à deux vitesses : il est composé de deux instruments principaux et de deux institutions distinctes pour la protection essentielle des droits de la personne. Bien que ce système soit encore jeune, l'interaction régionale aux Amériques n'est pas une affaire nouvelle:

At the beginning of the 19th century, South American freedom fighter Simón Bolívar attempted to create an association of states from the hemisphere during the 1826 Congress of Panama. Later that century, in 1890, the First International Conference of American States was held in Washington, D.C., where the International Union of American Republics and the Commercial Bureau of the American Republics were first established. The Commercial Bureau, which turned into the Pan American Union in 1910, was a predecessor of the OAS [Organization of American States]¹.

C'est lors de la neuvième conférence internationale américaine du 30 avril 1948 à Bogotá, en Colombie, que le système interaméricain des droits de la personne prit véritablement naissance. Les 21 pays américains participants à cette conférence signèrent une charte afin de transformer l'Union Pan-Américaine en une nouvelle institution régionale². Il s'agit de la *Charte de l'Organisation des États Américains*³ [Charte de l'OÉA], qui énumère les principales caractéristiques de l'Organisation des États Américains (OÉA) ainsi que les droits et devoirs des États membres. À ce jour, l'OÉA a 35 États membres : il s'agit de tous les États des Amériques incluant ceux de l'Amérique Latine, de l'Amérique Centrale, et de l'Amérique du Nord⁴. Le seul État membre qui ne participe pas à l'OÉA est le Cuba. Il fut exclu en 1962 en raison de l'établissement de son système communiste⁵. L'OÉA a son siège principal à Washington, D.C., aux États-Unis, et il s'agit d'une organisation qui contient plusieurs institutions localisées à travers les Amériques pour la protection des droits de la personne.

¹ « The Inter-American Human Rights System » (mars 2008), en ligne: Hrea.org [The Inter-American Human Rights System] <http://www.hrea.org/index.php?base_id=150>

² *Ibid.*

³ OÉA, *Charte de l'Organisation des États Américains*, 30 avril 1948, 119 U.N.T.S. 3, modifiée par le Protocole de Buenos Aires en 1967, par le Protocole de Cartagena de Indias en 1985, par le Protocole de Washington en 1992 et par le Protocole de Managua en 1993 (en vigueur : 13 décembre 1951).

⁴ The Inter-American Human Rights System, *supra* note 1.

⁵ *L'encyclopédie libre Wikipedia*, « Organisation des États américains » (mars 2008), en ligne: Wikipedia.org <http://fr.wikipedia.org/wiki/Organisation_des_%C3%89tats_am%C3%A9ricains>; « OAS Member States » (mars 2008), en ligne: Oas.org <<http://www.oas.org/documents/eng/memberstates.asp>>

C'est lors de cette même conférence que la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*⁶ [Déclaration interaméricaine] fut adoptée. Il s'agissait alors du premier instrument international de nature générale sur les droits de la personne, en précédant de quelques mois l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* des Nations Unies⁷. Suite à l'adoption de cette déclaration, la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme [Commission interaméricaine] fut créée en 1959 et tint sa première session en 1960. Elle occupe son siège principal à Washington, D.C., et elle est composée de « sept experts indépendants élus pour une cadence de quatre ans par l'Assemblée Générale de l'OÉA »⁸. Elle a comme tâche principale de « promouvoir l'observation et la défense des droits de l'homme »⁹.

En 1969, un deuxième instrument fondateur du système interaméricain de protection des droits de la personne fut adopté. Il s'agit de la *Convention américaine sur les droits et devoirs de l'homme*¹⁰ [Convention interaméricaine] qui entra en vigueur en 1978, et qui créa en même temps une Cour responsable de mettre en œuvre l'application de la Convention. Il s'agit de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme [Cour interaméricaine] qui a son siège à San José, Costa Rica. À ce jour, la Convention interaméricaine a été ratifiée par 25 pays. Elle énumère les droits de la personne auxquels les États ayant ratifié la Convention acceptent de respecter et protéger, et définit les fonctions et procédures de la Commission et de la Cour. Il s'en suit donc que depuis l'adoption de la Convention, la Déclaration s'applique le plus souvent aux pays qui n'ont pas encore ratifié la Convention.

Dans l'exercice de son mandat, la Commission interaméricaine a plus particulièrement les tâches de :

- a) stimuler une prise de conscience des droits de l'homme chez les peuples d'Amérique;
- b) recommander aux gouvernements, quand elle l'estime utile, d'adopter des mesures progressives en faveur des droits de l'homme ainsi que des dispositions propres à promouvoir le respect de ces droits, en accord avec leurs législations internes et leurs constitutions;
- c) préparer les études et rapports jugés utiles pour l'accomplissement de ses fonctions;
- d) de mander aux gouvernements des États membres de lui fournir des renseignements sur les mesures qu'ils adoptent en matière de droits de l'homme;
- e) accorder toute son attention aux consultations que, par le truchement du Secrétariat général de l'Organisation des États Américains, lui auront adressées les États membres sur des questions relatives aux droits de l'homme, et, dans le cadre de ses possibilités, fournir auxdits États les avis que ceux-ci sollicitent;
- f) adopter, en vertu des pouvoirs dont elle est investie aux termes des articles 44 à 51 de la présente Convention, des mesures concernant les pétitions et autres communications qui lui sont soumises; et
- g) soumettre un rapport annuel à l'Assemblée générale de l'Organisation des États Américains.¹¹

La Commission a ainsi des devoirs importants de supervision, de consultation, d'enquête et de recommandation suite à des questions d'abus de droits de la personne portées à son attention face aux pays membre de l'OÉA.

La Cour interaméricaine, de son côté, est une institution judiciaire qui a comme fonction principale de mettre en œuvre et d'interpréter la Convention interaméricaine ainsi que d'autres traités internationaux sur les droits de la

⁶ OÉA, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, adoptée à la Neuvième Conférence Internationale Américaine à Bogotá, Colombie 1948. [Déclaration interaméricaine]

⁷ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AGNU, 3^e session, supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

⁸ « Guide d'apprentissage : Le système interaméricain de droits de l'homme » (mars 2008), en ligne : Hrea.org <<http://www.hrea.org/fr/education/guides/OEA.html> <http://www.hrea.org/fr/education/guides/OEA.html>

⁹ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U 123, article 41. [Convention interaméricaine]

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Convention interaméricaine*, *supra* note 11, article 41.

personne¹². La Cour est composée de sept juges ressortissants des États membres de l'OÉA, et ils sont élus au scrutin secret à la majorité absolue des votes des États parties à la Convention¹³. Ils sont élus pour six ans et ne peuvent être réélus qu'une seule fois¹⁴.

Pour conclure cette section sur l'aperçu général du système interaméricain, il est important de mentionner que l'avènement de la Convention et de la Cour interaméricaine a eu comme effet de changer le statut juridique de la Déclaration interaméricaine. Dans son avis consultatif du 14 juillet 1989, la Cour a statué que :

In view of the fact that the Charter of the Organization and the American Convention are treaties with respect to which the Court has advisory jurisdiction by virtue of Article 64(1), it follows that the Court is authorized, within the framework and limits of its competence, to interpret the American Declaration and to render an advisory opinion relating to it whenever it is necessary to do so in interpreting those instruments. For the member states of the Organization, the Declaration is the text that defines the human rights referred to in the Charter. Moreover, Articles 1(2)(b) and 20 of the Commission's Statute define the competence of that body with respect to the human rights enunciated in the Declaration, with the result that to this extent the American Declaration is for these States a source of international obligations related to the Charter of the Organization. For the States Parties to the Convention, the specific source of their obligations with respect to the protection of human rights is, in principle, the Convention itself. It must be remembered, however, that, given the provisions of Article 29(d), these States cannot escape the obligations they have as members of the OAS under the Declaration, notwithstanding the fact that the Convention is the governing instrument for the States Parties thereto. That the Declaration is not a treaty does not, then, lead to the conclusion that it does not have legal effect, nor that the Court lacks the power to interpret it within the framework of the principles set out above¹⁵.

Ainsi, pour la première fois, une déclaration de vient opposable puisque la Cour a juridiction pour juger les instruments dont elle dépend. Nous pouvons conclure de cette section que la Commission et la Cour n'ont pas les mêmes pouvoirs : alors que la Commission a un pouvoir de surveillance et de recommandation, la Cour a un véritable pouvoir judiciaire d'imposer des sanctions. Le système interaméricain repose également sur deux instruments juridiques distincts : sur la Déclaration interaméricaine et sur la Convention interaméricaine. Il s'agit d'instruments et d'organes distincts qui se complètent toutefois afin d'assurer une protection véritable des droits de la personne dans les Amériques. Passons maintenant à l'analyse des garanties judiciaires du système interaméricain.

II – Les garanties judiciaires du système interaméricain de protection des droits de la personne

Les garanties judiciaires occupent une place primordiale au sein du système interaméricain des droits de la personne. Bien que certaines garanties soient prévues dans la Déclaration interaméricaine, ce projet de recherche se concentre plutôt sur les garanties judiciaires prévues à la Convention interaméricaine, qui prévoit un ensemble de garanties judiciaires plus complet et élaboré. Pour cette raison, nous avons décidé de nous limiter à l'analyse de l'interprétation de la Cour interaméricaine face aux articles de la Convention plutôt qu'aux décisions de la Commission américaine. Des références aux articles de la Déclaration seront toutefois incorporées puisqu'ils méritent certainement d'être mentionnés.

¹² « The Inter-American Court of Human Rights » (mars 2008), en ligne : Oas.org <<http://www.corteidh.or.cr/index.cfm?CFID=121454&CFTOKEN=76301823>>

¹³ *Convention interaméricaine*, supra note 11, article 52.

¹⁴ *Ibid.*, article 54

¹⁵ *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* (1989), Avis consultatif OC-10/89, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A), n°10, au para. 44 - 47.

Qu'est ce que les « garanties judiciaires »?

Il s'agit d'un terme qui englobe plusieurs principes liés aux droits procéduraux d'un individu. Bien que l'article 8 de la Convention interaméricaine ait pour titre *Garanties judiciaires*, les garanties judiciaires ne se limitent pas seulement à cet article. Comme la Cour interaméricaine l'explique dans son avis consultatif du 6 octobre 1987, le titre « Garanties judiciaires » à l'article 8 dans les versions françaises et espagnoles peuvent porter un peu à confusion :

This title [Judicial Guarantees] may lead to confusion because the provision does not recognize any judicial guarantees, strictly speaking. Article 8 does not contain a specific judicial remedy, but rather procedural requirements that should be observed in order to be able to speak of effective and appropriate judicial guarantees under the Convention¹⁶.

En anglais, l'article 8 a pour titre « Right to a Fair Trial », soit le droit à un procès équitable. Ainsi, pour comprendre ce que le terme « garanties judiciaires » englobe véritablement, il faut aller voir plus loin.

La Convention interaméricaine comprend trois clauses expresses sur les garanties judiciaires : l'article 8 (*Garanties judiciaires*), l'article 9 (*Principe de légalité et de rétroactivité*) et l'article 25 (*Protection judiciaire*). D'autres garanties incluses dans des articles de nature plutôt substantielle ou implicite viennent s'ajouter à ces articles, comme par exemple l'obligation générale de protection à l'article 1 ou le paragraphe 7(6) de la Convention qui prévoit le droit à l'habeas corpus¹⁷. Il est essentiel de comprendre que les garanties judiciaires prévues à la Convention interaméricaine ne sont que des garanties minimales, et que la liste n'est donc pas limitative. La Cour peut ajouter des aspects à certains articles, et ajouter des obligations qui ne sont pas prévues expressément dans la Convention (voir par exemple le droit à l'information et à l'assistance consulaire, une garantie qui est à bordée un peu plus loin.) L'article 29(3) de la Convention prescrit comme norme d'interprétation l'obligation de ne pas exclure « d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de gouvernement¹⁸. » C'est donc par cet article que se justifie l'élargissement des garanties judiciaires à la Convention.

A. L'article 8

L'article 8 est l'article à la Convention qui « constitue la base de s droits procéduraux de l'individu »¹⁹. Il reconnaît le concept de l'application régulière de la loi en prévoyant une protection adéquate à ceux dont leurs droits et obligations sont affectés en attendant une décision judiciaire. Bien que la Cour ne se soit pas encore prononcée en profondeur sur chaque élément de cet article, elle a eu la chance d'analyser chacun des paragraphes à au moins une reprise²⁰. Le paragraphe premier de l'article 8 se lit comme suit :

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine²¹.

¹⁶ *Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights)* (1987), Avis consultatif OC-9/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) n° 9, para. 27. [Judicial Guarantees]

¹⁷ Hélène Tigroudja et Ioannis K. Panoussis, *La Cour interaméricaine de droits de l'homme : Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la page 252. [Tigroudja, « La Cour interaméricaine »]

¹⁸ *Convention interaméricaine*, *supra* note 11, article 29(3).

¹⁹ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 253.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Convention interaméricaine*, *supra* note 11, article 8.

(1) La notion de délai raisonnable

Qu'est ce qu'un délai « raisonnable » ? La Cour interaméricaine s'est inspirée de la jurisprudence bien établie de la Cour européenne pour définir cette notion²². Elle s'est prononcée pour la première fois sur cette notion dans l'affaire *Genie Lacayo c. Nicaragua*²³ du 29 janvier 1997. Dans cette affaire, le juge américain s'est basé sur la jurisprudence de la Cour européenne selon laquelle il faut considérer trois critères particuliers afin d'évaluer la longueur d'une procédure. Il s'agit des critères de la complexité de l'affaire, du comportement des parties intéressées et du comportement des juridictions compétentes²⁴. Plusieurs facteurs doivent être considérés lors de l'analyse du premier critère:

They include the nature and seriousness of the offence involved, the number of charges faced by the accused, the nature of the investigation required, the number of people allegedly involved in the crime and the number of witnesses²⁵.

Le comportement des parties intéressées peut aussi avoir un impact sur le caractère raisonnable du délai. Si un accusé se comporte de façon à ralentir le déroulement normal des procédures (comme par exemple ne pas choisir un avocat, ne pas se présenter aux auditions) il s'agit d'un délai qui ne peut être attribué à la juridiction compétente²⁶. Un manque de coopération de l'accusé peut ainsi influencer le caractère raisonnable du délai des procédures. Pour le troisième critère, c'est-à-dire le comportement des juridictions compétentes, le juge doit analyser si le déroulement des procédures a été négligé ou ralenti sans justification²⁷. La Cour interaméricaine ajoute que « [i]n addition to the examination of possible delays at the various stages of the proceeding, in determining what constitutes a reasonable time throughout the entire process, the European Court has employed what it refers to as a "global analysis of the proceeding" »²⁸. Il s'agit donc d'examiner ces trois critères dans leur ensemble par rapport aux faits de l'affaire pour apprécier au cas par cas le caractère raisonnable du délai²⁹.

Dans l'affaire *Suarez Rosero c. Équateur*³⁰ du 12 novembre 1997, la Cour a précisé le point de départ et la fin afin de calculer la durée exacte d'une procédure interne. Selon le juge américain, le point de départ est l'arrestation de l'individu en question, et la fin de la procédure « intervient quand on est en présence d'un jugement définitif, toute possibilité d'appel étant incluse dans ce laps de temps »³¹. La Cour dans cet arrêt définit enfin l'objet poursuivi par cette obligation, qui est « to prevent accused persons from remaining in that situation for a protracted period and to ensure that the charge is promptly disposed of »³². La Déclaration interaméricaine prévoit également à son article 24 que « Toute personne a le droit de présenter des pétitions respectueuses à n'importe quelle autorité compétente, pour des raisons d'intérêt général ou d'intérêt particulier et *d'obtenir une décision rapide* » [nos italiques]³³.

²² Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 254.

²³ *Affaire Genie Lacayo (Nicaragua)*(1997), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 30. [Genie Lacayo]

²⁴ *Ibid.*, para. 77

²⁵ « Fair Trials Manual: Amnesty International USA » (mars 2008), en ligne: <http://www.amnestyusa.org/International-Justice/Fair-Trials-Manual/page.do?id=1104744&n1=3&n2=35&n3=843>, sous la rubrique 7 : The right to trial within a reasonable time or to release from detention. [Amnesty Fair Trials Manual]

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Genie Lacayo, *supra* note 25, para. 81.

²⁹ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 255.

³⁰ *Affaire Suárez Rosero (Équateur)*(1997), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 35. [Suarez Rosero]

³¹ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 256.

³² Suarez Rosero, *supra* note 32, au para. 70.

³³ Déclaration interaméricaine, *supra* note 6, article 24.

(2) Tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi

La plupart des procédures portées devant la Cour interaméricaine en ce qui concerne le paragraphe 8(1) de la Convention interaméricaine concernent des problèmes issus de la séparation des justices civiles et militaires du Pérou.³⁴ La Cour affirme avec force dans plusieurs décisions que les juridictions militaires jugeant des civils sont partiales et dépendantes.

Par exemple, dans l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*³⁵ du 17 septembre 1997, Madame Loayza-Tamayo avait été jugé par les tribunaux militaires pour crime de trahison et par les tribunaux civils pour crime de terrorisme sur la base des mêmes faits. Alors qu'elle fut acquittée pour le crime de trahison, le tribunal militaire a « ordonné son maintien en détention et l'envoi de l'affaire devant les juridictions civiles concernant la question du terrorisme »³⁶. Selon la Cour, les tribunaux militaires n'avaient pas ce pouvoir :

[I]n rendering a final judgment acquitting the defendant Ms. María Elena Loayza-Tamayo of the crime of treason, the military court lacked jurisdiction to keep her in detention, let alone to declare in the verdict of acquittal of last instance, that " *there being evidence of the commission of the crime of terrorism, it orders the case file to be remitted to the civil courts, and the defendant to be placed in the custody of the competent authority.*" In so doing, the military tribunal acted *ultra vires*, usurped jurisdiction, and arrogated to itself the powers of the regular judicial organs [...] Further, the regular judicial authorities were the only organs with the power to order the detention and imprisonment of the persons accused. As may be seen from the foregoing, the aforementioned Decree-Laws N° 25.659 (crime of treason) and N° 25.475 (crime of terrorism) separated the jurisdiction of the military and civil courts, assigning the crime of treason to the former, and the crime of terrorism to the latter³⁷.

Ainsi, le verdict d'acquiescement aurait dû entraîner sa libération puisque la question de la détention provisoire pour un autre crime relevait désormais des juridictions civiles³⁸.

Dans l'affaire *Castillo Petrucci et autres c. Pérou*, il s'agissait aussi de savoir si les juridictions militaires pouvaient juger un civil sur le crime de trahison. La Cour a expliqué que :

[M]ilitary tribunals are not the tribunals previously established by law for civilians. Having no military functions or duties, civilians cannot engage in behaviors that violate military duties. When a military court takes jurisdiction over a matter that regular courts should hear, the individual's right to a hearing by a competent, independent and impartial tribunal previously established by law and, a fortiori, his right to due process is violated³⁹.

L'indépendance judiciaire veut donc dire que toute personne a le droit d'être entendue par les tribunaux ordinaires. L'impartialité judiciaire, d'un autre côté, peut être atteinte dans les cas où le juge est une partie à l'affaire, comme par exemple dans le cas de la présidence du tribunal militaire qui est aussi impliquée à la poursuite de personnes associées aux groupes terroristes⁴⁰. Également, les conditions d'indépendance et d'impartialité ne sont pas respectées lorsque la composition et le fonctionnement d'une juridiction militaire sont totalement contrôlés par l'autorité hiérarchique:

³⁴ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 256.

³⁵ *Affaire Loayza Tamayo (Pérou)* (1997), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 33. [Loayza Tamayo]

³⁶ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 256.

³⁷ Loayza Tamayo, *supra* note 36, au para. 61.

³⁸ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 256.

³⁹ *Affaire Castillo Petrucci et al. (Pérou)* (1999), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 52, para. 128. [Castillo Petrucci]

⁴⁰ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 257.

In the instant case, the superior court was part of the military structure and as such did not have the independence necessary to act as or be a tribunal previously established by law with jurisdiction to try civilians. Therefore, whereas remedies, albeit very restrictive ones, did exist of which the accused could avail themselves, there were no real guarantees that the case would be reconsidered by a higher court that combined the qualities of competence, impartiality and independence that the Convention requires⁴¹.

Enfin, ce paragraphe prévoit que toute personne a le droit d'être entendu seulement de vant les tribunaux qui existaient avant qu'une infraction soit commise. Dans l'affaire *Ivcher Bronstein* de l'année 2001 qui concerne le Pérou, la Cour interaméricaine a prononcé qu'il est interdit de créer des cours spéciales pour entendre certaines procédures criminelles après que les infractions ont été commises⁴².

Le paragraphe 2 de l'article 8, qui touche aux droits procéduraux de l'accusé dans des instances criminelles, se lit comme suit :

Toute personne accusée d'un délit est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Pendant l'instance, elle a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes:

- a. Droit de l'accusé d'être assisté gratuitement d'un traducteur ou d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ou au tribunal;
- b. notification préalable et détaillée à l'accusé des charges portées contre lui;
- c. octroi à l'accusé du temps et des moyens nécessaires pour préparer sa défense;
- d. droit pour l'accusé de se défendre lui-même ou d'être assisté d'un défenseur de son choix et de communiquer avec celui-ci librement et sans témoin;
- e. droit d'être assisté d'un défenseur procuré par l'Etat rémunéré ou non selon la législation interne, si l'accusé ne se défend pas lui-même ou ne nomme pas un défenseur dans le délai prévu par la loi; ce droit ne peut faire l'objet d'aucune renonciation;
- f. droit pour la défense d'interroger les témoins comparaisant à l'audience et d'obtenir la comparution, comme témoins ou experts, d'autres personnes qui peuvent faire la lumière sur les faits de la cause;
- g. droit pour l'accusé de ne pas être obligé à témoigner contre lui-même ou à se déclarer coupable;
- h. droit d'interjeter appel du jugement devant un tribunal supérieur⁴³.

La Déclaration interaméricaine prévoit également que :

Tout accusé est considéré innocent jusqu'au moment où sa culpabilité est prouvée. Toute personne accusée de délit, a le droit de se faire entendre en audience impartiale et publique, d'être jugée par des tribunaux antérieurement établis en vertu des lois déjà existantes, et à ne pas se voir condamner à des peines cruelles, dégradantes ou inusitées⁴⁴.

(3) La présomption d'innocence

La présomption d'innocence est une garantie judiciaire indispensable en matière pénale qui est assez bien reconnu dans les systèmes régionaux de protection des droits de la personne. Ce principe prévoit que la personne qui fait objet de poursuites est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle soit déclarée coupable. Le fardeau de preuve se trouve sur les épaules de l'accusation, et celle-ci a la charge de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. « Si les preuves sont incomplètes ou insuffisantes, l'individu en question doit être acquitté »⁴⁵.

⁴¹ Castillo Petrucci, *supra* note 40, para. 161.

⁴² *Affaire Ivcher Bronstein (Pérou)* (2001), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 74, para. 114. [Ivcher Bronstein]

⁴³ *Convention interaméricaine*, *supra* note 11, article 8(2).

⁴⁴ Déclaration interaméricaine, *supra* note 5, article 26

⁴⁵ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 260.

Dans l'affaire *Suarez Rosero c. Équateur*, la Cour interaméricaine a conclu que le principe de la présomption d'innocence avait été violé au stage de détention provisoire. Une détention provisoire doit être une pratique « exceptionnelle de nature préventive et non punitive »⁴⁶. Dans cette affaire, la Cour décida qu'une détention provisoire ayant duré presque 4 ans violait le principe de la présomption d'innocence « puisqu'une telle mesure s'apparente à une condamnation avant même d'être jugé »⁴⁷.

(4) *Les garanties minimales*

Huit garanties minimales en matière pénale sont prévues au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. Bien que la Convention énonce une liste de droits à être respectés lors d'un procès, il faut garder en tête que cette liste n'est pas limitative. La Cour a eu l'occasion d'ajouter certains aspects à ces articles, et elle s'est prononcée sur l'interprétation qui doit être faite de ces garanties. Voici quelques exemples de violations aux alinéas de l'article 8(2).

Dans *Suarez Rosero c. Équateur*, en plus de constater une violation au principe de la présomption d'innocence, la Cour interaméricaine a constaté une violation aux garanties c), d) et e) de l'article 8(2). Elle a jugé que le fait de détenir une personne en détention *incommunicado* pour 36 jours « viole son droit de disposer du temps nécessaire ainsi que les facilités requises pour préparer sa défense »⁴⁸. Pendant ces 36 jours de détention, Monsieur Rosero n'avait pas eu l'occasion de préparer sa défense puisqu'il n'avait aucun contact avec le monde extérieur et n'a donc pas pu bénéficier de l'aide de défenseur⁴⁹. En plus, alors qu'il a finalement réussi à avoir un avocat de son choix, il n'a pu s'entretenir librement et en privé avec lui.

Dans *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, la Cour a analysé la question de l'audition des témoins prévue à l'alinéa f). Elle s'est référée à la jurisprudence européenne afin de définir le contenu de cet alinéa :

The law applied in the case did not allow cross-examination of the witnesses whose testimony was the basis for the charges brought against the alleged victims. The problem created by disallowing cross-examination of the police and military agents was compounded, as previously established, by the fact that the suspects were not allowed the advice of counsel until they had made their statements to the police. This left the defense attorneys with no means to refute the evidence compiled and on record in the police investigation report.

As the European Court has held, one of the prerogatives of the accused must be the opportunity to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf, under the same conditions as witnesses against him.

In the Court's view, the restrictions imposed on the victims' defense attorneys violated the defense's right to examine witnesses and to obtain the appearance of persons who might have shed light on the facts, as recognized in the Convention.

The Court therefore finds that the State violated Article 8(2) (f) of the Convention⁵⁰.

Ainsi, ayant « l'accusation que la défense doit disposer des mêmes facilités pour examiner les témoins » pour qu'on puisse parler d'un procès juste et équitable⁵¹.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 259.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 261

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Castillo Petruzzi, *supra* note 40, para. 153 – 156.

⁵¹ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 262-263.

La Cour se penche aussi sur le droit à l'alinéa h) d'interjeter appel d'un jugement devant un tribunal supérieur. Elle précise que pour que cette garantie soit véritablement remplie, il faut que le tribunal supérieur réunisse à nouveau les garanties de compétence, impartialité et indépendance contenues à 8(1) :

The right to appeal the judgment, also recognized in the Convention, is not satisfied merely because there is a higher court than the one that tried and convicted the accused and to which the latter has or may have recourse. For a true review of the judgment, in the sense required by the Convention, the higher court must have the jurisdictional authority to take up the particular case in question. It is important to underscore the fact that from first to last instance, a criminal proceeding is a single proceeding in various stages. Therefore, the concept of a tribunal previously established by law and the principle of due process apply throughout all those phases and must be observed in all the various procedural instances. If the court of second instance fails to satisfy the requirements that a court must meet to be a fair, impartial and independent tribunal previously established by law, then the phase of the proceedings conducted by that court cannot be deemed to be either lawful or valid⁵².

Cette garantie doit donc toujours être combinée à l'article 8(1) pour être équitable. Pour conclure le survol des garanties judiciaires minimales en matière pénale, il est important de mentionner que la Cour a ajouté une garantie non mentionnée à l'article 8(2) lors d'un avis consultatif intitulé *The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law*⁵³. Le Mexique avait demandé à la Cour interaméricaine si l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires faisait partie « des garanties minimales judiciaires que les États doivent respecter lors de la détention d'un étranger pour des crimes pouvant aboutir à une condamnation à mort »⁵⁴. En premier lieu, la Cour a conclu qu'elle pouvait rendre un avis consultatif sur cette disposition même s'il ne s'agissait pas « d'un traité liant les États membres et qui relève des droits de l'homme » comme le prévoit l'article 64 de la Convention interaméricaine⁵⁵. La Cour a expliqué que même si un traité ne concerne pas les droits de l'homme en tant que tel, une de ses dispositions peut quand même avoir une influence sur la matière et peut être interprétée comme relevant des droits de l'homme⁵⁶. Deuxièmement, puisque l'état concerné (les États-Unis) n'avait pas ratifié la Convention interaméricaine, la Cour s'est basée sur le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁷ [Pacte international] ratifié par les États-Unis, ainsi que sur la Déclaration interaméricaine pour interpréter cette disposition et pour déclarer que « les garanties minimales sont sensiblement les mêmes quel que soit l'instrument sur lequel on raisonne »⁵⁸. Après une longue analyse de toutes ces dispositions, la Cour a conclu que le droit à l'information et à l'assistance consulaire relève des garanties judiciaires minimales prévues dans le Pacte international. Comme le concluent Tigroudja et Panoussis, « [...] nous pouvons, sans aucun doute, affirmer que cette garantie fait aussi partie de celles relevant de l'article 8(2) de la Convention interaméricaine »⁵⁹.

Le paragraphe 8(3) prévoit que l'aveu d'un accusé ne sera valable que s'il est fait sans coercition d'aucune sorte. Puisqu'il s'agit de la garantie judiciaire qui fera l'objet d'une comparaison à la fin de ce projet, passons au paragraphe 8(4).

(5) *Le principe non bis idem*

⁵² Castillo Petruzzi, *supra* note 40, para. 161.

⁵³ *The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law* (1999), Avis consultatif OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A), n°16.

⁵⁴ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 263. Voir la note 292 en bas de page de cet ouvrage pour une explication plus approfondie de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 264, note en bas de page 293.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

⁵⁸ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 264.

⁵⁹ *Ibid.*, à la page 265.

L'article 8(4) prévoit que : « [l']accusé acquitté en vertu d'un jugement définitif ne peut être à nouveau poursuivi pour les mêmes faits »⁶⁰. Il s'agit ici du principe *non bis in idem*, qui est le droit d'une personne de ne pas être jugée deux fois pour la même cause⁶¹.

Ce principe a été violé dans l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*. Comme nous l'avons mentionné plus haut, cette affaire concerne le problème de la législation péruvienne qui délimite très mal les crimes de trahison et de terrorisme, en donnant pour chacun la compétence à des tribunaux différents. Ainsi, Monsieur Tamayo a été jugé deux fois sur les mêmes faits, pour deux crimes différents, par deux juridictions distinctes. Le principe *non bis in idem* a donc été violé en raison « de la proximité qui existe entre ces deux crimes »⁶².

(6) La publicité des débats

Le paragraphe 8(5) de la Convention interaméricaine prévoit le principe de la publicité des débats : « [l]e procès pénal est public, sauf lorsqu'il est nécessaire de sauvegarder les intérêts de la justice »⁶³. Dans *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, il s'agissait de civils qui se faisaient juger en matière pénale devant des juridictions militaires, et tout le déroulement des procédures fonctionnait au secret, violant clairement le principe de la publicité des débats. Cette garantie fut également violée dans *Cantoral Benavides*⁶⁴, une affaire qui mettait en cause des débats devant des juridictions civiles. Il faut noter que :

Dans les deux cas [*Castillo Petruzzi et autres c. Pérou* et *Cantoral Bonavides*], il en ressort que cette garantie est entendue de manière stricte et que pour qu'il y ait restriction, il faut qu'elle soit justifiée par l'intérêt de la procédure en cours. Or dans ces affaires, l'État n'a pas su mettre en avant un intérêt quelconque qui l'exonérerait de cette obligation⁶⁵.

L'État doit ainsi avoir de fortes raisons valables afin que le juge puisse conclure qu'une restriction au droit de la publicité des débats soit possible.

B. L'article 9

L'article 9 de la Convention interaméricaine prévoit deux principes bien établis sur la scène internationale. Il s'agit des principes de légalité et de rétroactivité :

Nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction d'après le droit applicable. De même, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à la date de l'infraction une peine plus légère est édictée par la loi, celle-ci rétroagira en faveur du délinquant⁶⁶.

La première partie du paragraphe prévoit qu'il ne peut y avoir ni crime, ni peine sans loi. Le principe de légalité veut que toute infraction soit prévue par un texte, et que ce texte soit « suffisamment clair et précis pour éviter toute confusion pouvant être défavorable aux individus »⁶⁷. Un manque de précision face à une infraction pourrait entraîner de grands désavantages à un accusé par rapport à plusieurs éléments tels que la sanction applicable et le tribunal compétent.

⁶⁰ *Convention interaméricaine*, supra note 11, article 8(4).

⁶¹ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », supra note 19, à la page 266.

⁶² *Ibid.*, à la p. 267.

⁶³ *Convention interaméricaine*, supra note 11, article 8(5).

⁶⁴ *Affaire Cantoral Benavides* (2000), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 69, voir para.141 et suivants. [*Cantoral Benavides*]

⁶⁵ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », supra note 19, à la page 268.

⁶⁶ *Convention interaméricaine*, supra note 11, article 9.

⁶⁷ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », supra note 19, à la page 279.

Le principe de rétroactivité est une garantie qui prévoit que la peine la moins sévère sera toujours celle applicable. Par exemple, si au moment de l'infraction la loi qui était en vigueur prévoyait une peine moins sévère que celle en vigueur au temps du procès, c'est la première qui s'appliquerait. Si, à l'inverse, au moment du procès la sanction est moins sévère que celle au moment de l'infraction, c'est celle au moment du procès qui s'appliquera.

C. L'article 25

L'article 25 prévoit une garantie judiciaire qui tient une place essentielle au coeur du système interaméricain : c'est celle de la protection judiciaire. La Cour interaméricaine a signalé qu'il s'agit de « one of the basic pillars, not only of the American Convention, but also of the Rule of Law in a democratic society »⁶⁸. Cet article se lit comme suit:

1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles.

2. Les États parties s'engagent :

- a) à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours;
- b) à accroître les possibilités de recours judiciaire;
- c) à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours⁶⁹.

Comme la Cour l'a expliqué dans deux avis consultatifs particuliers: « Article 25(1) of the Convention is a general provision that gives expression to the procedural institution known as *amparo*, which is a simple and prompt remedy designed for the protection of all the fundamental rights »⁷⁰. Elle donne l'obligation aux États de fournir à chaque personne relevant de leur compétence un remède judiciaire effectif suite à une violation d'un droit fondamental. C'est un recours qui est possible pour les garanties reconnues non seulement pour les droits contenus dans la Convention, mais aussi pour les droits reconnus par les Constitutions ou les lois internes des États parties.

(1) *L'incorporation du droit de l'amparo à la Convention interaméricaine*

Suite à une très longue histoire de violations de droits de la personne, les pays de l'Amérique Latine ont développé un système particulier de protection constitutionnelle des droits de la personne⁷¹. Une de leur tendance principale a été d'introduire dans leurs Constitutions des dispositions prévoyant expressément la garantie judiciaire de ces droits. Il s'agit du droit de l'*amparo*, qui est un recours judiciaire spécifique pour la protection de droits constitutionnels d'individus. En français, *amparo* veut dire « protection », ou encore en anglais, « shelter »⁷².

⁶⁸ Cantoral Benavides, *supra* note 64, au para. 163.

⁶⁹ *Convention interaméricaine*, *supra* note 11, article 25.

⁷⁰ Judicial Guarantees, *supra* note 18, au para. 23; *Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on Human Rights)* (1987), Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) n° 8, au para. 32. [Habeas Corpus]

⁷¹ Allan R. Brewer-Carias, « Some Aspects of the "Amparo" Proceeding in Latin America as a Constitutional Judicial Mean Specifically Established for the Protection of Human Rights » (2007) New York, en ligne: digitalcommons.law.umaryland.edu < http://digitalcommons.law.umaryland.edu/iclc_papers/2/ > . [Brewer-Caria, « Some Aspects of the Amparo Proceeding »]

⁷² *Ibid.*, p. 11.

Il s'agit d'une procédure qui se distingue des garanties judiciaires générales trouvées dans les systèmes juridiques tels que ceux en Amérique du Nord, puisqu'il s'agit d'un recours spécifique établi uniquement pour protéger et renforcer les droits et libertés constitutionnels⁷³. À l'inverse, d'autres systèmes juridiques protègent les droits de la personne effectivement, mais par le biais de recours généraux pour protéger n'importe quel sorte de droit. Ce qui a provoqué le développement de la tendance générale du droit de l'*amparo* dans les pays de l'Amérique latine est probablement dû aux insuffisances des recours judiciaires généraux qui n'étaient pas assez effectifs⁷⁴.

Le droit de l'*amparo* a été introduit pour la première fois au Mexique en 1857, et s'est répandu à travers l'Amérique latine sous différentes formes⁷⁵. Au Mexique, le recours à l'*amparo* est très unique et complexe parce qu'en plus de protéger les droits de la personne, il protège plusieurs autres actions contre l'État (telles que des actions pour révision judiciaire de la constitutionnalité et la légalité de lois, d'actions administratives, de décisions judiciaires, etc.) Dans d'autres pays de l'Amérique Latine, le recours à l'*amparo* est perçu plutôt comme un seul recours judiciaire spécifique pour protéger uniquement les droits et libertés de la personne. De plus, dans certains pays comme le Mexique, le Guatemala et le Venezuela, la procédure de l'*amparo* a été prévue pour protéger tous les droits et libertés constitutionnels incluant l'*habeas corpus*, qui est un recours pour la protection de la liberté et l'intégrité d'une personne⁷⁶. Cependant, dans d'autre pays, en plus du recours à l'*amparo*, il existe un recours différent pour l'*habeas corpus*, comme pour l'Argentine, la Bolivie, le Brésil et l'Équateur. Il est important par contre de constater qu'à ce jour, dans tous les pays de l'Amérique latine à l'exception du Cuba, l'*habeas corpus* et le droit de l'*amparo* sont prévus comme des recours judiciaires spécifiques pour la protection de droits constitutionnels⁷⁷.

Tout ce processus de constitutionnalisation du droit de l'*amparo* a incité les écrivains de la Convention interaméricaine d'incorporer ce principe de protection judiciaire à l'article 25 comme une garantie judiciaire⁷⁸. Dans le système interaméricain, ce recours peut être appliqué à tout droit, contre n'importe qui, et peut être amené par une partie intéressée n'importe quand. Pour qu'un tel recours existe, il ne suffit pas qu'il soit prévu formellement dans la Constitution ou la loi interne : il doit être simple (plus facile que les formalités procédurales de mesures judiciaires ordinaires), rapide, et il doit être véritablement effectif (produire des résultats)⁷⁹. Ainsi, il suffit qu'un individu démontre qu'un recours interne n'existe pas, ou même lorsqu'il existe, qu'il ne remplit pas les exigences de la Convention pour avoir recours à la garantie de protection judiciaire prévue à l'article 25⁸⁰.

En observant les articles 25 et 7(5), il est possible de conclure que le droit à l'*habeas corpus* fait partie du droit de l'*amparo* au sein du système interaméricain : *[i]f the two remedies are examined together, it is possible to conclude that « amparo » comprises a whole series of remedies and that habeas corpus is bit one of its component* »⁸¹. Par contre, le droit à la protection judiciaire prévu à l'article 25 en droit américain n'a pas nécessairement à être combiné avec les dispositions substantielles de la Convention ou les droits fondamentaux reconnu par le droit interne des États membres pour déclencher son application. Dans certains cas, il peut fonctionner comme un recours indépendant, bien qu'il est presque toujours lu de manière combinée avec d'autres droits de nature procédurale⁸². La Cour a souvent souligné l'importance de lire l'article 25 de manière combinée avec l'article premier de la Convention⁸³. Cette combinaison a pour effet :

⁷³ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, p. 12

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, p. 13

⁷⁹ *Ibid.* p. 17; Voir notamment Suarez Rosero, *supra* note 32, para. 66; Ivcher Bronstein, *supra* note 43, para. 140; *Affaire Velasquez Rodriguez* (1988), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n^o. 4. au para. 66.

⁸⁰ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 273.

⁸¹ Habeas Corpus, *supra* note 70, au para. 34

⁸² Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 272.

⁸³ *Ibid.*

[D]e rajouter un caractère préventif au contenu de l'article 25. Il ne s'agit donc plus seulement de l'obligation de prévoir un recours en droit interne, mais aussi de garantir des recours pour éviter les violations du droit à la liberté, droit au traitement décent, droit à la vie, (...). Cette obligation prend même une importance particulière dans le cadre des disparitions forcées⁸⁴.

Enfin, le paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention est un paragraphe qui impose aux États parties certaines obligations afin de garantir ce recours. La Déclaration interaméricaine vient ajouter que « Toute personne peut recourir aux tribunaux pour faire valoir ses droits. De même, il doit exister une procédure simple et rapide qui permette à la justice de la protéger contre les actes de l'autorité violant, à son préjudice, certains droits fondamentaux reconnus par la constitution »⁸⁵.

(2) *Le droit à la vérité : une combinaison des articles 8 et 25*

Il s'est développé dans la jurisprudence américaine un nouveau droit de la personne : celui du droit à la vérité⁸⁶. C'est dans l'affaire *Bamaca Velasquez c. Honduras*⁸⁷ que la Cour se pencha pour la première fois sur ce droit. Il s'agit du « droit à une victime ou de ses proches d'obtenir la clarification des faits relatifs aux violations et aux responsabilités qui y correspondent par les organes étatiques compétentes, à travers l'enquête et les poursuites établies dans les articles 8 et 25 de la Convention »⁸⁸. Tout au long de l'arrêt, la Cour soulève l'importance du droit à la vérité en ce qui concerne l'état de vie ou de mort d'un proche :

Several peoples of Latin America have, in their recent history, known and suffered the scourge and cruelty of torture, inhuman or degrading treatment, summary and arbitrary or extra-legal executions, and forced disappearances of persons. The search for truth - as illustrated by the cases of forced disappearance of persons - constitutes the starting-point for the liberation as well as the protection of the human being; without truth (however unbearable it might come to be) one cannot be freed from the torment of uncertainty, and it is not possible either to exercise the protected rights. In fact, the prevalence of the right to truth appears as a *conditio sine qua non* to render effective the right to judicial guarantees (Article 8 of the American Convention) and the right to judicial protection (Article 25 of the Convention), all reinforcing each other mutually, to the benefit of the close relatives of the disappeared person. The right to truth is thus endowed with an individual as well as a collective dimensions⁸⁹.

Le droit à la vérité serait ainsi une condition essentielle au procès équitable et au recours effectif, et il s'agirait d'un droit qui est « intimement lié à l'obligation de l'État à mener une enquête effective et d'aboutir à une procédure interne qui éclaircira la situation donnée et aboutira à une décision en conséquence de cela »⁹⁰.

D. Le caractère indérogeable de ces garanties judiciaires

Afin de bien comprendre à quel point ces garanties judiciaires sont importantes au sein du système interaméricain, nous allons voir que ces droits procéduraux ne peuvent jamais être suspendus, même en temps d'urgence. Il est possible d'en conclure ainsi non seulement en observant les dispositions expresses à la Convention, mais aussi par l'indication de la Cour interaméricaine tant dans sa compétence contentieuse que consultative⁹¹.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Déclaration interaméricaine, supra note 6, article 18.

⁸⁶ *Ibid.*, à la page 275.

⁸⁷ *Bamaca Velasquez (Honduras)*(2000), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n^o. 70. [Bamaca Velasquez]

⁸⁸ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », supra note 19, à la page 275.

⁸⁹ Bamaca Velasquez, supra note 86, au para. 29-30.

⁹⁰ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », supra note 19, à la page 275.

⁹¹ *Ibid.*, p. 252.

L'article 27 de la Convention interaméricaine prévoit la suspension exceptionnelle de droits lorsque l'indépendance ou la sécurité d'un État est menacée.⁹² Par contre, à son paragraphe 2, l'article 27 prévoit les droits et libertés qui ne peuvent jamais être suspendus :

Suspension des garanties

1. En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de l'égalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). *Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés*⁹³. [nos italiques]

Comme nous pouvons le constater, la Convention interaméricaine au paragraphe 27(2) empêche expressément la suspension de certains droits, comme par exemple la garantie prévue à l'article 9 que nous avons mentionné plus tôt. Mais qu'en est-il des autres garanties judiciaires telles que l'article 8 et l'article 25? La réponse se cache à la dernière phrase du paragraphe 27 (2), qui empêche aussi la suspension « des garanties indispensables à la protection des droits susvisés. » Pour savoir en quoi consistent ces garanties indispensables, il suffit de se référer à deux avis consultatifs de la Cour interaméricaine très importants qui traitent de cette question: il s'agit de l'avis *Habeas Corpus in Emergency Situations* du 30 janvier 1987 et de l'avis *Judicial Guarantees in States of Emergency* du 6 octobre 1987⁹⁴. Les garanties indispensables ont été définies par la Cour comme les garanties qui ont comme objet de protéger et assurer les droits mentionnés à l'article 27(2) qui ne peuvent jamais être suspendus. Entre autres mots, il est nécessaire de protéger en tout temps les recours judiciaires nécessaires à assurer à ce que les droits qui ne peuvent être suspendus à 27(2) soient respectés en tout temps.

(1) *Habeas Corpus in Emergency Situations (27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on Human Rights)*

La Commission interaméricaine a demandé à cette occasion un avis consultatif à la Cour interaméricaine face à l'interprétation des articles 25(1) et 7(6) de la Convention lorsqu'ils sont lus avec la dernière partie de l'article 27(2). La question était donc de savoir si les garanties prévues dans ces articles sont des garanties « indispensables. » Comme nous l'avons vu, l'article 25 touche au droit de l'*amparo* et l'article 7(6) de la Convention est le droit à l'*habeas corpus*. Plus particulièrement, l'objet de l'*habeas corpus* est d'amener un détenu devant un juge afin que celui-ci puisse vérifier s'il est toujours en vie, et s'il a été victime de torture ou d'abus physique ou émotionnel⁹⁵. De plus, ce recours permet au juge de déterminer la raisonnable du mandat d'arrestation. Il est donc facile de conclure que l'importance de ce recours est primordiale, surtout si nous

⁹² *Convention interaméricaine*, supra note 11, article 27.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Habeas Corpus*, supra note 70; *Judicial Guarantees*, supra note 18.

⁹⁵ *Habeas Corpus*, *ibid.* au para. 33. Il s'agit aussi d'un droit protégé par la Déclaration interaméricaine, supra note 6, à l'article 25.

considérons que le droit à l'intégrité de la personne prévu à l'article 5 de la Convention ne peut être suspendu dans aucune circonstance d'après l'article 27(2)⁹⁶.

La Cour, en analysant l'article 27, explique que bien que certaines garanties puissent être suspendues sous des conditions très strictes en temps exceptionnel, le paragraphe 2 prévoit que certaines garanties qui ne pourront jamais être suspendues, dans aucune circonstance, et qui doivent être protégées :

As the Court has already noted, in serious emergency situations it is lawful to temporarily suspend certain rights and freedoms whose free exercise must, under normal circumstances, be respected and guaranteed by the State. However, since not all of these rights and freedoms may be suspended even temporarily, it is imperative that "the judicial guarantees essential to (their) protection" remain in force. Article 27(2) does not link these judicial guarantees to any specific provision of the Convention, which indicates that what is important is that these judicial remedies have the character of being essential to ensure the protection of those rights.

The determination as to what judicial remedies are "essential" for the protection of the rights which may not be suspended will differ depending on the rights at stake. [...] It follows from what has been said above that the judicial remedies that must be considered to be essential within the meaning of Article 27(2) are those that ordinarily will effectively guarantee the full exercise of the rights and freedoms protected by that provision and whose denial or restriction would endanger their full enjoyment⁹⁷.

Les garanties indispensables sont donc les recours judiciaires nécessaires à la protection et à la garantie des droits qui ne peuvent être suspendus à 27(2). La Cour ajoute que ces garanties doivent non seulement être indispensables, mais aussi judiciaires :

The expression « judicial » can only refer to those judicial remedies that are truly capable of protecting these rights. Implicit in this conception is the active involvement of an independent and impartial judicial body having the power to pass on the lawfulness of measures adopted in a state of emergency⁹⁸.

Les États Parties ont non seulement l'obligation de reconnaître ces droits et libertés à chaque personne, mais on a aussi l'obligation de les protéger et assurer leur exercice à l'aide de mesures appropriées et effectives. Bien que certaines garanties puissent être suspendues pendant un certain temps, la Cour ajoute que cela ne veut pas dire qu'on suspend la primauté du droit ou qu'on autorise ceux en pouvoir d'agir contre le principe de légalité, des principes par lesquels ils sont liés en tout temps : il existe un lien inséparable entre le principe de la légalité, la démocratie et la primauté du droit⁹⁹. Ainsi, puisque ce ne sont pas tous les droits et libertés qui peuvent être suspendus, il est donc impératif que les garanties judiciaires indispensables pour leur protection restent en force.

La Cour a donc conclu dans ce travail que les garanties trouvées à 7(5) et 25(1) font parties de garanties indispensables prévues à l'article 27(2)¹⁰⁰. Elles sont des garanties essentielles pour la protection des droits non-dérogeables même si elles ne sont pas mentionnées explicitement à l'article. Le droit de l'*amparo* est un recours simple et rapide qui est créé pour la protection de tous les droits reconnus par les constitutions et les lois des États Parties ainsi que des droits de la Convention. Puisque la procédure de l'*amparo* peut être utilisée pour tous les droits, il est clair qu'elle peut aussi être appliquée aux droits mentionnés expressément à l'article 27(2). Le droit à l'*habeas corpus*, comme nous l'avons vu, est également un recours judiciaire indispensable à la protection de l'intégrité physique. Il prévient la disparition, protège contre la torture et les traitements inhumains. Bref, comme

⁹⁶ *Ibid.*, para. 35 et suivants.

⁹⁷ *Ibid.*, aux para. 27-29.

⁹⁸ *Ibid.*, au para. 30.

⁹⁹ *Ibid.*, para. 26.

¹⁰⁰ *Ibid.*, para. 44.

le président de la Commission interaméricaine l'a déclaré, il s'agit du meilleur instrument disponible afin de corriger rapidement l'abus des autorités qui constitue des détentions arbitraires¹⁰¹.

Ainsi, nous voyons jusqu'à présent que deux des trois dispositions expresses à la Convention interaméricaine sur les garanties judiciaires ne peuvent être suspendues (9 et 25). Qu'en est-il pourtant de l'article 8, l'article de base des droits procéduraux à la Convention?

(2) *Judicial Guarantees in States of Emergency (27(2), 25 and 8) of the American Convention on Human Rights*

À cette occasion, le gouvernement de l'Uruguay a demandé un avis consultatif à la Cour interaméricaine sur la portée de l'article 27(2). Il a demandé plus particulièrement d'interpréter la portée de la dernière phrase du paragraphe en relation avec les articles 25 et 8 de la Convention. Elle confirme son interprétation face à l'article 25, et ajoute que le recours doit être efficace et doit produire des effets véritables :

[T]he absence of effective remedy to violations of the rights recognized by the Convention is itself a violation of the Convention by the State Party in which the remedy is lacking. In that sense, it should be emphasized that, for such a remedy to exist, it is not sufficient that it be provided for by the Constitution or by law or that it be formally recognized, but rather it must be truly effective in establishing whether there has been a violation of human rights and in providing redress. A remedy which proves illusory because of the general conditions prevailing in the country, or even in the particular circumstances of a given case, cannot be considered effective¹⁰².

En ce qui concerne l'article 8, la Cour interaméricaine explique que le principe de l'application régulière de la loi inclus à l'article doit s'appliquer à toutes les garanties judiciaires de la Convention, même lors des suspensions prévues à l'article 27 :

The concept of due process of law expressed in Article 8 of the Convention should be understood as applicable, in the main, to all judicial guarantees referred to in the American Convention, even during a suspension governed by Article 27 of the Convention. Reading Article 8 together with Articles 7(6), 25 and 27(2) of the Convention leads to the conclusion that the principles of due process of law cannot be suspended in states of exception insofar as they are necessary conditions for the procedural institutions regulated by the Convention to be considered judicial guarantees. This result is even more clear with respect to habeas corpus and amparo, which are indispensable for the protection of the human rights that are not subject to derogation [...]¹⁰³.

Enfin, la Cour mentionne qu'il serait impossible de dresser une liste de toutes les garanties judiciaires « indispensables ». Cela va dépendre de chaque cas et de la pratique de chaque État partie.

Comme nous l'avons mentionné au tout début, ce caractère indérogable des garanties judiciaires au sein du système interaméricain nous permet de conclure qu'elles sont l'une de ces plus importantes composantes.

III – Comparaison de la notion d'aveux à travers les différents systèmes de droits de la personne (interaméricain, européen et universel)

L'article 8 de la Convention interaméricaine prévoit à son troisième paragraphe que « [l]'aveu de l'accusé ne sera valable que s'il est fait sans coercition d'aucune sorte »¹⁰⁴. Ce principe prévoit que « les preuves obtenues par la

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 36.

¹⁰² *Judicial Guarantees*, *supra* note 18, au para. 24.

¹⁰³ *Ibid.*, aux para. 29 à 31.

¹⁰⁴ *Convention interaméricaine*, *supra* note 11, article 8(3).

contrainte doivent être exclues du procès et ne peuvent servir de fondement à une condamnation »¹⁰⁵. Tigroudja et Panoussis indiquent que la Cour, dans l'affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, a signalé qu' :

En pratique, si [...] le fait qu'une personne témoigne sans avoir subi de pressions, et malgré le fait que son avocat ne soit pas présent, ne constitue pas une violation de cette disposition, en revanche, lorsqu'il avoue certains actes en raison de la torture que lui font subir les autorités de l'État, comme dans l'affaire *Cantoral Benavides*, ces aveux ne sauraient être tenus comme valables¹⁰⁶.

Nous allons voir que l'exclusion d'aveux est prévue de façon différente dans les autres systèmes de droits de la personne.

(1) Dans le système régional européen

La disposition 8(3) de la Convention interaméricaine n'a pas d'équivalent dans la *Convention européenne des droits de l'homme* [Convention européenne]¹⁰⁷. Les droits procéduraux au sein du système européen des droits de la personne sont prévus à l'article 6 de la Convention européenne. La Cour européenne des droits de l'homme a souvent signalé par contre que cet article comprend le droit au silence ainsi que le droit de ne pas s'auto-incriminer bien que ce ne soit pas expressément prévu à l'article¹⁰⁸. Elle considère également les instruments internationaux dans son interprétation comme mentionnée dans son préambule.

(2) Dans le système universel

Le principe à l'article 8 (3) de la Convention interaméricaine a été repris en substance à l'article 15 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* des Nations Unies¹⁰⁹ :

Tout État partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite¹¹⁰.

Ce principe a aussi été adopté dans le statut des juridictions pénales internationales :

Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles :

- a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; ou
- b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité¹¹¹.

En analysant ces dispositions, nous pouvons constater que le paragraphe 8(3) de la Convention américaine diffère un peu des standards dans les autres systèmes régionaux et internationaux. Il parle uniquement des aveux (ou déclaration de culpabilité) de l'accusé plutôt que « toute preuve » comme dans les autres instruments. Ainsi, les

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Tigroudja, « La Cour interaméricaine », *supra* note 19, à la page 265.

¹⁰⁷ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [Convention européenne des droits de l'homme]

¹⁰⁸ [Amnesty Fair Trials Manual], *supra* note 27, sous la rubrique 9.3 « The Right to Silence ».

¹⁰⁹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1468 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur le 26 juin 1987)

¹¹⁰ *Ibid.*, article 15.

¹¹¹ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002), article 69(7).

déclarations de la part des témoins ne sont pas visées dans ce paragraphe¹¹². De plus, le paragraphe 8(3) prévoit l'exclusion d'aveux obtenus avec coercition de quelque sorte, incluant les conduites qui peuvent être coercitives mais pas nécessairement de la torture ou tout autre traitement cruel, inhumain ou dégradant¹¹³. Il s'agit donc d'un droit un peu plus large sur cet aspect. En ce qui concerne les déclarations obtenus dans le système interaméricain par la torture ou tout autre traitement cruel, inhumain ou dégradant, l'article 10 de la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* est presque identique à l'article 15 de la Convention des Nations Unies sur la torture :

Aucune déclaration obtenue par la torture ne sera admise comme preuve dans une instance, sauf contre la ou les personnes accusées d'avoir commis le crime de torture et pour prouver uniquement que l'accusé avait obtenu une telle déclaration par ce moyen¹¹⁴.

Ainsi, le système interaméricain des droits de la personne prévoit non seulement une protection contre les déclarations obtenus par la torture ou les mauvais traitements, mais elle prévoit aussi une protection unique pour les accusés contre toute forme de coercition, un concept plus large que dans les autres systèmes de droit de la personne.

Conclusion

Comme nous l'avons vu tout au long de ce projet, le système interaméricain prévoit un large volet de garanties judiciaires. Il prévoit non seulement des droits procéduraux, mais il prévoit aussi que toute personne a le droit de bénéficier d'une protection judiciaire. Nous avons analysé le caractère indérogeable de ces garanties afin de comprendre à quel point elles occupent une place primordiale dans le système, et nous avons fait une comparaison d'une de ces garanties avec d'autres systèmes de protection de la personne. Bien qu'il soit encore jeune, le système interaméricain est en rapide évolution. Avec ses nombreux modèles de références tels que les systèmes européen et universel de protection des droits de la personne, il se développera sans doute considérablement dans les années à venir. Il est vrai que la mise en œuvre de ces garanties judiciaires présente toujours une grande difficulté dans les pays de l'Amérique ayant ratifié la Convention, et que les grandes puissances de l'Amérique du Nord n'ont pas ratifié la Convention. Nous sommes toutefois d'avis qu'il s'agit d'un très bon début. Nous aimerions terminer avec les mots du professeur Allan R. Brewer-Carias :

It all really depends on the existence of a democratic political system based on the rule of law, on the principle of the separation of powers, on the existence of a check and balances system between the branches of government, and on the possibility for the State powers to be effectively controlled, among other means, by the Judiciary. Only in such situations, it is possible to say that democratic government exists, and then that it is possible for a person to effectively have his rights protected¹¹⁵.

¹¹² [Amnesty Fair Trials Manual], *supra* note 25, sous la rubrique 17 « Exclusion of evidence elicited as a result of torture or other compulsion ».

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ OÉA, *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, (entrée en vigueur : 28 février 1987), article 10.

¹¹⁵ Brewer-Caria, « Some Aspects of the Amparo Proceeding », *supra* note 71, page 27.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1468 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur le 26 juin 1987)

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [*Convention européenne des droits de l'homme*]

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217(III), Doc. off. AGNU, 3^e session, supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

OÉA, *Charte de l'Organisation des États Américains*, 30 avril 1948, 119 U.N.T.S. 3, modifiée par le Protocole de Buenos Aires en 1967, par le Protocole de Cartagena de Indias en 1985, par le Protocole de Washington en 1992 et par le Protocole de Managua en 1993 (en vigueur : 13 décembre 1951).

OÉA, *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

OÉA, *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, (entrée en vigueur : 28 février 1987)

OÉA, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, adopté à la Neuvième Conférence Internationale Américaine à Bogotà, Colombie 1948.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

Statut de Rome de la Cour pénal internationale, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002.)

JURISPRUDENCE

Affaire Bamaca Velasquez (Honduras)(2000), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 70.

Affaire Cantoral Benavides (2000), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 69.

Affaire Castillo Petruzzi et al. (Pérou) (1999), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 52.

Affaire Genie Lacayo (Nicaragua)(1997), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 30.

Affaire Ivcher Bronstein (Pérou) (2001), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 74.

Affaire Loayza Tamayo (Pérou) (1997), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 33.

Affaire Suárez Rosero (Équateur)(1997), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 35.

Affaire Velasquez Rodriguez (1988), Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) n° 4.

AVIS CONSULTATIFS

Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on Human Rights) (1987), Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) n° 8.

Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights (1989), Avis consultatif OC-10/89, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A), n°10.

Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights) (1987), Avis consultatif OC-9/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) n° 9.

The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law (1999), Avis consultatif OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A), n°16.

DOCTRINE : MONOGRAPHS

David Harris et Stephen Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press Oxford, 1998

Hélène Tigroudja et Ioannis K. Panoussis, *La Cour interaméricaine de droits de l'homme : Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

Henry J. Steiner, Philip Alston et Ryan Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2008.

Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2003.

Rusen Ergeç, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

DOCTRINE : ARTICLES

Allan R. Brewer-Carias, « Some Aspects of the "Amparo" Proceeding in Latin America as a Constitutional Judicial Mean Specifically Established for the Protection of Human Rights » (2007) New York, en ligne: digitalcommons.law.umaryland.edu <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/iclc_papers/2/ >

AUTRES

« Fair Trials Manual: Amnesty International USA » (mars 2008), en ligne: Amnestyusa.org <<http://www.amnestyusa.org/International-Justice/Fair-Trials-Manual/page.do?id=1104744&n1=3&n2=35&n3=843>>

« Guide d'apprentissage : Le système interaméricain de droits de l'homme » (mars 2008), en ligne : Hrea.org <<http://www.hrea.org/fr/education/guides/OEA.html>>

L'encyclopédie libre Wikipedia, « Organisation des États américains » (mars 2008), en ligne : Wikipedia.org <http://fr.wikipedia.org/wiki/Organisation_des_%C3%89tats_am%C3%A9ricains>

« OAS Member States » (mars 2008), en ligne: Oas.org <<http://www.oas.org/documents/eng/memberstates.asp>>

« The Inter-American Court of Human Rights » (mars 2008), en ligne: Oas.org
<<http://www.corteidh.or.cr/index.cfm?CFID=121454&CFTOKEN=76301823>>

« The Inter-American Human Rights System » (mars 2008), en ligne: Hrea.org
<http://www.hrea.org/index.php?base_id=150>

**LA PROTECTION DES ENFANTS SOUS LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN
DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE**

GAIL NORAH DORCINE

Être vulnérable, surnommé mineur, muni d'une position juridique inférieure aux adultes et sans oublier souvent victime de s a bus de la société et de l'État. Vous avez sans doute deviné que nous faisons référence ici à l'enfant, son statut juridique et ses droits dans une nation donnée. Prendre conscience des besoins de l'enfant et en donner toute son importance est indéniablement un principe d'éthique qui soulève des questions de droits de l'homme. La conception que l'enfant est un être humain qui possède des droits est vue par certains comme une notion fondamentale et par d'autres, cette conception est tout simplement reniée. Ce refus d'accepter une telle conception est basée sur la croyance que si les enfants sont reconnus comme étant des sujets de droit, cela sera la cause de conflits d'intérêts, et ce, plus particulièrement au niveau de la famille.¹ Cependant, les violations de droits de l'enfant ont été reconnues par plusieurs nations et cet être humain à des droits fondamentaux qui lui sont légitimes.

Parmi les nombreuses initiatives entreprises par l'Organisation des Nations-Unies, cette dernière créa tout d'abord une Déclaration des droits de l'enfant en 1959 et ensuite eut la naissance de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations-Unies en 1989. Le droit international peut dorénavant parler d'un concept nouveau, celui du droit de l'enfant. Nous employons le terme 'concept nouveau' puisque cette Convention a été ratifiée et signée par une multitude de pays. Par conséquent, l'émergence et l'urgence de protéger les enfants sont manifestement des sujets d'actualité. Finalement reconnu comme un sujet de droit, une personne à part entière, ayant la nécessité d'une protection spéciale et ayant des besoins propres à lui, les droits de l'enfant sont à présent enchâssés dans multiples traités à travers le monde. Cependant, bien que protégé, il ne faut pas se leurrer et penser que ces droits sont acquis. Il s'avère encore aujourd'hui que le droit de l'homme est un sujet sensible et lorsqu'on fait référence aux droits de l'enfant, ce sujet de vient doublement fragile. Malgré l'existence de ces traités, bien que légalement protégé, l'enfant se retrouve encore exploité, défavorisé, maltraité et parfois même oublié dans certains pays de l'hémisphère.

Dans la pluralité d'instruments de droit qui protègent et légifèrent le droit des enfants, près de nous existe le système de droit interaméricain. Le système interaméricain pour la protection des droits de l'homme est un outil disponible à n'importe quel individu ou organisation prête à défendre les droits de l'homme, incluant le droit des enfants. Établi en 1890 comme l'Union des Républiques Américaines et nommé Organisation des États Américains en 1948 à Bogota Colombie, ce système adopta le premier instrument régissant les droits de la personne dans le continent des Amériques, soit la Déclaration Américaine des Droits et devoirs de l'Homme. En effet, comptant parmi les États membres de l'Organisation des États Américains, notons le Canada, les États-Unis, les pays d'Amérique Latine et les Caraïbes. En 1969, l'Organisation des États Américains adopta en deuxième lieu la Convention Américaine relative aux droits de l'Homme.² Une évaluation de ces deux instruments démontre qu'il y a un désir par ce système de protéger le droit des enfants par la présence de dispositions expresses à leur

¹ Geraldine VAN BUEREN, « The international law on the rights of the child », Édition Martinus Nijhoff, 1995, 434 pages, à la page xix.

² Christina M. CERNA, "The Inter-American system for the protection of human rights", Florida Journal of International Law, v.16, no. 195-212, 2004, à la page 195-196

égard. Sous l'autorité de ces instruments, existe la Commission interaméricaine des droits de l'Homme et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme qui implémentent ces règles.

Ainsi, une synthèse liée aux sources de droit qui régissent le droit des enfants dans ce système fera l'objet de ce texte. C'est le souci de l'enfant, de ses droits et de leur protection que constitue le but premier de cette dissertation. En particulier, cet écrit a pour objectif de démontrer et expliquer les protections relatives aux droits de l'enfant au sein du système interaméricain qui est régi notamment par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme ainsi que la Convention américaine relative aux droits de l'Homme.

Bien que l'ordre juridique international relativement à l'enfant dans le contexte de la protection de l'enfant soit un sujet qui propose une analyse du système universel, nous nous contenterons dans le présent texte, d'analyser la protection de l'enfant dans le système interaméricain. Les droits de l'enfant peuvent être présentés sous deux formes de catégories. La première, les droits inhérents de l'enfant en tant que droit et la deuxième, la responsabilité Étatique de l'État envers l'enfant. Ainsi, les prochaines lignes viseront essentiellement à exposer les droits et protections inclus dans les textes dudit système ce qui nous permettra d'évaluer les obligations des États et leurs responsabilités eu égard aux enfants. Cette ouvrage verra également à en établir les forces et les faiblesses dans l'ensemble du système eu égard à la jurisprudence interaméricaine sur le sujet. L'implication de organismes non gouvernementaux, l'interaction de la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme et les décisions de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme ont un apport sur le présent sujet comme il sera également constaté dans cet écrit. Par ailleurs, le droit interaméricain, comme nous le verrons, s'appuie notamment sur des instruments internationaux tels que la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations-Unies, ci haut précitée. Il n'est donc pas surprenant que la présente étude nécessite d'aborder incidemment le droit comparé, aspect qui sera couvert dans une section de cette dissertation. Plus précisément, une approche comparative entre le régime interaméricain et les normes universelles ainsi que le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen sera étudiée succinctement.

Enfin, nous vous proposons la présentation de cas concrets afin d'illustrer les enjeux que l'enfant représente en tant qu'individu et futur citoyen pour l'avenir de la société. En ce sens, nous tenterons de répondre à la question de savoir si le système interaméricain offre de manière effective une protection adéquate pour ces enfants, l'avenir de demain.

Partie I : Les sources de droit protégeant les droits de l'enfant dans le système interaméricain

A. La Déclaration américaine des droits de l'Homme

i. Les dispositions pertinentes

La Déclaration américaine des Droits et devoirs de l'Homme³ (ci-après 'Déclaration américaine' ou 'Déclaration') contient vingt-huit dispositions protégeant les droits de l'homme à être respecté par les États membres. Elle est le premier instrument légal qui s'est établi le mandat de protéger les enfants des Amériques sous la forme de son article 7 qui peut se lire ainsi :

Article VII. Toute femme enceinte ou nourrissant un enfant et tout enfant ont droit à la protection, à des soins et à une aide spéciale.

Comme on peut le constater, cette disposition protège au tant la femme enceinte que la femme qui a accouché, mais va encore plus loin en ajoutant que les enfants ont droit à une protection spéciale.

ii. Autres dispositions pertinentes

L'article 12 garanti également un autre droit important à mentionner, soit le droit à l'éducation :

Article XII. Toute personne a droit à l'éducation, laquelle doit être basée sur les principes de liberté, de moralité et de solidarité humaine.

De même, elle a droit à ce qu'on la prépare, au moyen de cette éducation, à une existence digne et à ce qu'on lui permette d'améliorer son niveau de vie et son utilité vis-à-vis de la société.

Le droit à l'éducation comprend celui de l'égalité d'opportunités dans tous les cas, conformément aux dons naturels, aux mérites et au désir de l'individu de profiter des avantages qui lui sont offerts par la communauté et l'État.

Toute personne a le droit de recevoir gratuitement, et pour le moins, l'instruction primaire.

En plus de ces dispositions, la Déclaration américaine contient des dispositions qui sont également profitables aux enfants telles que :

Article 5 : Toute personne a droit à la protection de la loi contre les attaques abusives contre son honneur, sa réputation et sa vie privée et familiale.

Article 9 : Toute personne a droit à l'inviolabilité de son domicile.

Article 11 : Toute personne a droit à ce que sa santé soit préservée par des mesures sanitaires et sociales, en ce qui concerne l'alimentation, l'habillement, le logement et les soins médicaux, qui seront établies proportionnellement aux ressources publiques et à celles de la communauté.

³ Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'Homme, O.E.A. Res. XX, Adopté à la Neuvième Conférence Internationale Américaine(1948), OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 17 (1992).

Article 17 : Toute personne a droit à être reconnue partout comme sujette à des droits et obligations et à jouir des droits civils fondamentaux.

Les articles précités représentent des garanties et protections avantageuses aux enfants. Cependant, comme nous le verrons plus loin dans cet écrit, ces dispositions ne sont nullement exhaustives et doivent également être lues avec les autres protections établies dans d'autres instruments législatifs du système interaméricain ainsi que par la jurisprudence de ce système.

Notons cependant, *prima face*, une particularité de la Déclaration américaine. Elle contient une clause qui exige une responsabilité de l'enfant envers ses parents en ce sens que l'enfant a le devoir d'honorer ses parents⁴. Cette clause sera développée un peu plus loin dans l'analyse.

B. La Convention américaine relative aux droits de l'Homme

i. Les dispositions pertinentes

La principale disposition qui concerne l'enfant sous la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (ci-après 'Convention américaine' ou 'Convention') est l'article 19 qui se lit comme suit :

Article 19. Tout enfant a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'État.

Le but premier de l'article 19 est de créer une responsabilité judiciaire envers l'État parti à la Convention afin que ce dernier protège la situation des enfants et qu'il crée des mécanismes nécessaires afin de prévenir les violations des droits de l'enfant.

La Convention américaine est d'une part plus longue que la Déclaration et d'autre part plus détaillée que la plupart des autres instruments internationaux qui protègent les droits de l'homme. L'article 19 de la Convention est intitulé : '*Droits de l'enfant*' ce qui semble démontrer un vif besoin de reconnaître la vulnérabilité des enfants et la nécessité de leur offrir une protection spéciale. Selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après 'Cour'), l'article 19 de la Convention américaine considère l'enfant comme des sujets ayant des droits et non seulement des objets de protection.⁵ L'enfant doit donc être reconnu comme ayant une personnalité juridique et non juste comme étant un individu de protection.

ii. Autres aspects pertinents

Selon un auteur, l'existence d'une protection spéciale des enfants dans le cadre d'un instrument général de protection des droits de l'homme est une particularité du droit interaméricain.⁶ Il est reconnu qu'en général, les enfants obtiennent une protection à travers des clauses générales applicables aux adultes. Ces clauses sont cependant adaptées à la situation particulière des enfants. On distingue enfants et adultes tant au niveau

⁴ Art 30 de la Déclaration américaine

⁵ *Advisory Opinion on Juridical Condition and Human Rights of the Child*. OC-17/02. Inter-American Court of Human Rights (IACrHR). 28 August 2002.

⁶ Droit et Justice, Collection dirigée par Pierre Lambert: La Cour interaméricaine des droits de l'homme, Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse, Hélène Tigroudja et Ioannis K. Panoussis, Édition Bruylant, 2003, 330 pages, à la page 232

du droit national d'un pays qu'au niveau international. Dans le système interaméricain, cette distinction a été analysée dans l'arrêt *Villagran Moralez v. Guatemala*⁷, l'affaire dite des enfants de la rue (206). Cette décision est très importante dans le cadre d'une situation qui porte sur les enfants car elle élargie les droits véhiculés à l'article 19 qui est une disposition générale sur la protection des enfants. Cet arrêt fera l'objet d'une analyse approfondie plus loin dans cet ouvrage. Les décisions de cette Cour ont plus de poids que les recommandations de la Commission car les États signataires de la Convention sont tenus de respecter leur engagement.

⁷ Cour interaméricaine dr. h., arrêt du 19 novembre 1999, *Villagran Morales et autres contre Guatemala*, (fond), série C no. 63, au para 191

Partie II : Les institutions judiciaires du système interaméricain face à la protection des enfants

A. La Commission interaméricaine des Droits de l'homme

Pour l'application des dispositions de la Déclaration américaine, la Commission est chargée d'appliquer cette Déclaration. Elle applique également les dispositions de la Convention américaine des Droits de l'Homme (ci-après 'Convention américaine' ou 'Convention') et peut constater des violations dans tout autre traité du système interaméricain.

Cette Commission participe grandement à l'émergence de la protection des enfants dans le cadre du système qui nous préoccupe. Cela peut être démontré entre autres par son action de présenter les cas de violations très graves devant la Cour interaméricaine qui est le tribunal de ce régime interaméricain. Nous le constaterons plus loin. Cela peut être également démontré par la rédaction de certains de ces rapports. Par exemple, dans son rapport annuel de 2006⁸, la Commission a analysé plusieurs aspects qui concernent les droits de l'homme. L'un d'entre eux concernaient bien entendu les droits de l'enfant.

i. Le Rapporteur sur les droits des enfants

Dans l'accomplissement de sa responsabilité, elle travaille étroitement avec le Rapporteur sur les droits des enfants. Ce rapporteur spécial, qui est également membre de la Commission, se nomme Monsieur Paulo Sergio Pinheiro. Le rôle de ce dernier est de promouvoir les droits de l'enfant. Pour ce faire, ces activités consistent d'une part à visiter les pays membres de l'Organisation des États Américains (ci-après 'OEA'), analyser les dossiers qui concernent les droits des enfants, analyser les mesures préventives à cet égard et participer à des audiences reliées aux enfants. D'autre part, le Rapporteur participe à des conférences et des séminaires relativement aux droits des enfants et des adolescents. À titre d'exemple, Monsieur Pinheiro a visité le Paraguay en 2006. Il a rencontré des jeunes de la rue, des organisations qui défendent le droit de la personne, le gouvernement de ce pays et même la Cour Suprême.⁹

B. La Cour interaméricaine des Droits de l'Homme

La création de la Cour interaméricaine en 1979, ces développements depuis sa création, le processus établie la Convention américaine pour faire une pétition, ont donné plus d'accès aux organisations des droits de l'homme et surtout à ceux qui défendent les droits des enfants en Amérique latine.¹⁰

⁸ Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 2006, OEA/Ser.L/V/II.127Doc. 4 rev. 1, 3 March 2007

⁹ Annual Report of the IACHR 2006, Chapter II: Special Rapporteurship on the Rights of Children, OEA/Ser.L/V/II.127Doc. 4 rev. 1, 3 March 2007

¹⁰ Ariel E. DULITZKY, LUGUELY CUNILLERA TAPIA, ' A non-governmental perspective regarding the international protection of children in the Inter-American System of human rights, Journal Transnational Law & Policy, v.8, no. 265, 1998-1999, à la page 267

Partie III : L'application de ses sources sur la protection des enfants dans le système interaméricain

A. Introduction

Cette section nous permettra d'appliquer les sources de droit pertinentes dans le système interaméricain. Autant les recommandations de la Commission interaméricaine et les décisions de la Cour interaméricaine sont pertinentes afin de comprendre l'évolution du droit de l'enfant dans le système interaméricain. Ces deux institutions travaillent ensemble afin de former un système efficace qui encourage la protection des enfants. Bien qu'il est reconnu que les États sont légalement tenus de respecter les décisions de la Cour interaméricaine et que les États partis sont liés à la Convention américaine, la Déclaration américaine demeure un instrument très important et ce, surtout envers les États non-signataires. Il est primordial de comprendre que ces deux institutions sont la genèse de la protection offerte aux enfants sous le système interaméricain. Ainsi, nous verrons dans les prochaines lignes comment le droit interaméricain protège effectivement les enfants. Avant d'aller plus loin, à ce stade-ci de l'analyse, il convient de se demander, puisqu'il est question de la protection de l'enfant, qu'est-ce qu'un enfant ?

i. Statut de l'enfant

Mentionnons au préalable que traditionnellement, le terme enfant a été défini comme étant un individu qui n'est pas encore adulte¹¹. La conceptualisation du mot enfant a longtemps été débattue au niveau du droit international. Quant au droit interaméricain par exemple, il y a eu plusieurs obstacles sur la définition du mot enfant lors de la rédaction de la Convention américaine¹². Le fait qu'au niveau universel les États n'arrivaient pas à s'entendre sur le moment où débute l'enfance, cela a eu un impact sur les causes portées devant la Commission interaméricaine. Ainsi, les causes qui concernaient un enfant n'étaient pas portées en vertu de l'article 7 qui concerne la protection spéciale accordée à l'enfant mais plutôt en vertu de l'article premier qui garanti la protection au droit à la vie.

ii. L'affaire 'Baby Boy'

Cette affaire¹³ concerne une décision de la Commission interaméricaine contre les États-Unis. Il faut cependant noter à prime abord que puisque les États-Unis n'ont pas ratifié la Convention américaine, seule la Déclaration américaine pouvait s'appliquer sous la juridiction de la Commission. Dans cette cause, la Commission devait analyser la première phrase de la Déclaration américaine qui stipule que '*Tout être humain a droit à la vie*'. En bref, il s'agissait de décisions de la Cour Suprême des États-Unis sur la question d'avortement. Les requérants dénonçaient dans leur pétition que malgré que la Déclaration américaine était silencieuse quant au moment où la vie commence et aphasique sur le moment où le fœtus devient un être humain, les États-Unis auraient violé l'article premier de la Déclaration. Le Gouvernement Américain s'est défendu en soutenant qu'une telle interprétation de l'article premier équivaldrait à une suppression que le droit à la vie existe au moment de la conception du fœtus. Soutenant la position du gouvernement américain, la Commission a conclu que la Déclaration américaine permet à chaque État de déterminer selon leur loi nationale, le moment où la vie commence et c'est également à l'État de décider le moment où il croit qu'il est nécessaire d'offrir une protection.

¹¹ Note no. 1, à la page 33

¹² idem

¹³ 'Baby Boy' Inter-American Commission on Human Rights Res. No. 23/81 Case 2141 (USA) 6 Mars 1981

iii. Roach & Pinkerton

Dans deux autres décisions très importantes de la Commission qui comportent un impact sur le statut de l'enfant, celle-ci a conclu que cette fois-ci les États-Unis avaient violé la Déclaration américaine. En 1987, James Terry Roach et Jay Pinkerton, résidents respectivement du Texas et de la Caroline du Sud, avaient été condamnés à une peine capitale suite à une condamnation pour viol devant les tribunaux américains. Dans ces deux affaires¹⁴, la Commission a appelé les États-Unis à accorder un sursis de l'exécution à mort de ces jeunes, mais la requête fut ignorée et ils furent exécutés. La Commission a conclu que l'imposition de la peine de mort suivant les lois de la Caroline du Sud et du Texas imposée sur ces deux mineurs âgés de moins de 18 ans viole les articles 1 et 2 de la Déclaration américaine. La Commission a déterminé qu'une norme de *jus cogens* existait interdisant ainsi l'exécution à mort de ses enfants au niveau du droit interaméricain. Cependant, elle a conclu qu'il existait une incertitude au niveau du droit international quant à l'âge de majorité et que par conséquent, le principe de *jus cogens* n'existait pas quant à l'interdiction de l'exécution d'une personne âgée de moins de 18 ans.

Depuis cette décision, il y a eu un développement dans le *corpus juris* du droit international au niveau des droits de l'homme et la Commission interaméricaine a conclu qu'il existe dorénavant un consensus sur l'âge de majorité et qu'une norme *jus cogens* au niveau du droit international interdisant la peine de mort à ceux âgés de moins de 18 ans est reconnue. D'ailleurs dans l'affaire *Dominguez des États-Unis*¹⁵, la Commission interaméricaine a conclu que les États-Unis avaient violé l'article premier de la Déclaration américaine. Elle a conclu que la condamnation d'un mineur à la peine de mort viole la norme internationale *jus cogens* et conséquemment, si un État exécute de la sorte un mineur, il contrevient à une violation grave et irréparable au droit à la vie enchâssée dans la Déclaration.

B. L'importance de définir l'enfant

L'âge de majorité donne à un individu la capacité d'exercer pleinement ses droits civils, que ce soit au niveau de son patrimoine ou encore de ses obligations légales. Cependant, les enfants ne détiennent pas ses privilèges. La Cour a donc déterminé que le mot 'enfant' réfère à la personne qui n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans, ce qui inclut, les filles, les garçons et les adolescents. Cette précision est nécessaire puisque dans les pays d'Amérique latines, les filles sont souvent discriminées vis-à-vis les garçons¹⁶ et le droit interaméricain protège l'égalité entre les sexes. Le principe d'égalité s'applique donc à l'enfant et l'État a l'obligation en vertu de l'article premier de la Convention américaine de respecter et de garantir complètement ce droit. La liberté de l'enfant d'exercer ses droits et libertés est reconnue dans ladite Convention et ce, sans discrimination.

Selon la Cour, les enfants ont les mêmes droits que les adultes et en surplus, ils ont des droits spéciaux qui dérivent de leur condition et ceux-ci sont accompagnés par des responsabilités spécifiques par la famille, la société et l'État. La Cour précise que le traitement offert aux adultes contre ceux offerts à l'enfant, n'est pas discriminatoire en soi. Cependant, si l'État crée des distinctions, il faut que l'objectif de ces distinctions

¹⁴ UNITED STATES: James Terry Roach and Jay Pinkerton, Case 9647, Inter-Am. C.H.R. 147, OEA/ser. L/V/II.71, doc. 9 rev. 1 (1987) (Annual Report 1986-1987).

¹⁵ Michael Domingues c. États-Unis d'Amérique, affaire 12.285, Merits, rapport n° 62/02, 22 octobre 2002, §§ 84-85 et 112).

¹⁶ <http://www.unicef.org/french/sowc07/press/gender.php>

soient une. La Cour ajoute qu'il faut offrir une justification raisonnable pour que la discrimination soit acceptée.¹⁷

C. L'enfant est une personne âgée de moins de 18 ans

Ayant déterminé l'importance de définir l'enfant, cette section vise à explorer le raisonnement de la Cour pour arriver à la conclusion que l'enfant est une personne âgée de moins de 18 ans.

i. Villagran v. Guatemala

Nous avons cité cette cause lorsque nous faisons la distinction entre enfants et adultes. En fait, cette décision de la Cour interaméricaine est très importante dans le cadre d'une situation qui porte sur les enfants car elle élargie les droits véhiculés à la disposition générale de l'article 19 sur la protection des enfants. Cet arrêt est d'ailleurs la première décision relative aux droits des enfants émises par cette Cour depuis sa création. Voyons plus précisément les faits dans cette affaire.

Il s'agit d'enfants qui résident dans des quartiers très pauvres du Guatemala. En 1990, des jeunes ont été kidnappés et tués. Leurs corps montraient des signes d'extrêmes tortures et de mutilation. Ce sont des résidents de la ville qui ont trouvé leurs corps mutilés dans les environs de la ville de Guatemala. Plusieurs témoins ont assistés aux agissements de deux policiers guatémaliens sur le point d'abattre ces jeunes. Il y a eu enquête, des poursuites judiciaires ont eu lieu, mais tous les tribunaux ont rejeté les poursuites pour absence de preuve probante. En Cour suprême de justice du Guatemala, cette dernière a confirmé les décisions des tribunaux inférieurs pour des raisons de procédures et aussi pour manque de preuve.

Deux organisations consacrées aux droits des enfants au Guatemala ont informé la Commission des violations des droits de l'homme envers les jeunes qui vivent dans les rues de Guatemala. Cette plainte faisait grand État des agissements du gouvernement et de la participation de ce dernier dans des cas d'enlèvements, de tortures et plus particulièrement le meurtre de ces cinq jeunes. Ces deux organisations affirmaient que le gouvernement guatémaltèque n'avait pas suffisamment cherché à élucider ces événements et qu'il n'avait fourni aucune réparation civile aux familles des victimes. Suite à cela, ce dossier a été soumis à la Commission pour enquête. Constatant ces violations, le 30 janvier 1997 la Commission a présenté une pétition à la Cour suivant les procédures de la Convention et a soumis à celle-ci que l'État du Guatemala a violé plusieurs des dispositions de la Convention.

Le 19 novembre 1999, la Cour a eu l'opportunité d'établir ce qu'elle estime être un traitement décent en ce qui a trait aux enfants conformément à la Convention. Le problème dont fait face la Cour concerne la généralité de l'article 19 est trop général et il mérite d'être interprété. En effet, cette disposition ne définit pas ce que l'on entend par le terme 'enfant' et son contenu est imprécis. Afin de solutionner ces problèmes, la Cour va utiliser la combinaison normative comme moyen d'interpréter la Convention, c'est-à-dire, elle va combiner l'art 19 de la Convention américaine avec les dispositions de la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant¹⁸. La Cour va se servir de l'article 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations-Unies afin de définir l'ampleur du concept de l'enfant.

¹⁷ Voir note 5

¹⁸ Voir note 7, para 133

Le Guatemala est un pays signataire de la Convention de Nations –Unies et donc, conformément aux commentaires de la Commission, la Convention des droits de l'enfant liait le Guatemala en vertu de l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui prévoit que les États qui ont signé un traité ne doivent pas adopter un comportement contraire à l'objet et au but de ce texte. C'est donc ainsi que la Cour va intégrer les exigences d'un texte qui ne relève pas de sa compétence (mais comme expliqué plus haut qui a été ratifié par le Guatemala) dans le cadre de son champ de compétences qu'est la Convention américaine des droits de l'homme, cette façon de faire est d'ailleurs conforme aux articles 31-33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui réfère à l'interprétation des traités. : ... *lorsque l'on interprète un traité, il ne faut pas seulement prendre en compte les accords et instruments qui s'y rapportaient, mais aussi le système dans lequel ce traité s'inscrit*. La Cour ajoute de plus que : *' la Convention américaine et la Convention des droits de l'enfant constituent un élément d'un corpus juris internationale de protection de l'enfant qui doit aider la Cour à préciser le contenu et la portée de la disposition générale inscrite à l'article 19.'* Il est intéressant de constater l'opinion des auteurs sur ce sujet : *' La Cour fait une interprétation systématique prenant en compte le contexte de la Convention, mais un contexte entendu de manière très large, car il est entendu à tous les instruments pertinents en la matière alors que la Convention de Vienne semble simplement viser les autres dispositions de la Convention à interpréter.'*¹⁹ Bien que cette constatation soit intéressante, puisque la protection des enfants est en jeu, nous soumettons toutefois que la Cour, dans le cadre de sa mission et de sa compétence, a su remarquablement conceptualiser tous les éléments afin de bénéficier les enfants.

C'est ainsi que la Cour est parvenue à définir comme étant des enfants tous les mineurs qui sont âgés de moins de 18 ans sauf dans le cas où une loi nationale lui accorde l'âge de majorité plus tôt. Lorsque la Cour applique ce critère qui est prévu au droit national du Guatemala, elle remarque que néanmoins, dans les circonstances, seulement trois des victimes sur cinq étaient effectivement des mineurs et peuvent bénéficier de la protection offerte à l'article 19.

Quant au contenu de l'article 19, la Cour affirme que les violences que subissent des enfants qui vivent dans des situations défavorables sont plus à risque et de par ce fait, cela les rendent victimes d'une double agression, en effet, elle précise que :

*'First, such States do not prevent them from living in misery, thus depriving them of the minimum conditions for a dignified life and preventing them from the "full and harmonious development of their personality", even though every child has the right to harbor a project of life that should be tended and encouraged by the public authorities so that it may develop this project for its personal benefit and that of the society to which it belongs. Second, they violate their physical, mental and moral integrity and even their lives.'*²⁰

Pour empêcher qu'il y ait effectivement une double violation conformément à l'article 19, la Cour se réfère aux articles 2, 3, 6, 20, 27 et 37 de la Convention des droits de l'enfant et va ainsi identifier les mesures de protection qu'un État doit entreprendre. Ainsi, certaines mesures de protection ont été dégagées telles que la non-discrimination, une assistance spécifique pour les enfants privés de leur environnement familial, les garanties de survie et développement de l'enfant, le droit à un niveau de vie

¹⁹ Droit et Justice, Collection dirigée par Pierre Lambert: La Cour interaméricaine des droits de l'homme, Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse, Hélène Tigroudja et Ioannis K. Panoussis, Édition Bruylant, 2003, 330 pages, à la page 233

²⁰ Voir note no. 7, para 191

adéquat et une réhabilitation sociale de tous les enfants abandonnés ou exploités²¹. Dans sa décision, la Cour entreprend d'expliquer les actes qu'un État doit prendre lorsqu'il fait face à des délinquants mineurs. Suivant les directives des Nations-Unies, la Cour précise qu'il faut augmenter les mesures de prévention des crimes, il faut également faire des efforts importants pour garantir la réhabilitation de ces jeunes afin de leur permettre d'accomplir un rôle constructif et productif au niveau de la société.

Il apparaît évident que tous les développements progressistes de la Cour sont basés sur les normes universelles et sur des directives des Nations-Unies bien qu'elle se fonde sur l'article 19 combiné avec l'article 1 de la Convention.

Un auteur ajoute à ce sujet que : *' cette combinaison nous apporte, encore une fois, la preuve que l'insertion – intégration d'un texte intérieur à la Convention s'opère sur le fondement de l'obligation générale de protection qu'a l'État au titre de cet article 1. C'est parce que l'État doit protéger les droits garantis qu'il doit le faire conformément aux dispositions pertinentes qui existent en la matière, même si celles-ci trouvent leur source dans un instrument autre que la Convention américaine. Ainsi ces droits sont intégrés dans les normes de référence qu'utilise la Cour pour exercer son contrôle.'*²²

ii. Conclusion de cet arrêt

La Cour a donc déterminé que l'enfant est une personne âgée de moins de 18 ans à moins que l'État établi le contraire dans sa loi interne. La Cour a conclu dans cette affaire que l'État de Guatemala a manqué à son devoir et a donc conclu à la violation des articles suivants : art 1 (le respect des droits), art 4 (le droit à la vie), art 5 (le droit à l'intégrité), art 7 (le droit à la liberté), art 8 (garanties judiciaires), art 19 (le droit de l'enfant) et art 25 (protection judiciaire).

La méthode utilisée par la Cour pour bénéficier les enfants d'une protection est tout à fait exceptionnelle et mérite d'être félicitée. Brillamment, elle a su dégager d'autres mesures de protections applicables aux enfants qui doivent être inclus dans le système interaméricain. La proposition de protection écrite explicite certaines de ses protections.

²¹ Idem, para 196

²² Note 10, à la page 235

Parties IV : Autres protections offertes

Depuis l'arrêt Villagran, il y a une ouverture de d'autres droits et protections applicables aux enfants dans le système interaméricain. Dans le cadre de cet écrit, nous vous en présentons quelques uns. Il faut cependant garder à l'esprit qu'avec l'évolution du droit interaméricain, ces protections ne sont certainement pas limitatives.

A. Droit à une égalité juridique

L'article 24 de la Convention américaine stipule que :

24. 'Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte.'

D'après le très connu Dworkin, pour qu'une affaire soit amenée devant les tribunaux suite à la reconnaissance d'un droit, cela doit être soutenu par le droit à l'égalité juridique. Plus particulièrement, ce dernier soutient que les droits sont nécessaires non pas pour maximiser le bonheur des individus, mais il affirme plutôt que les droits sont nécessaires afin de respecter le principe de l'égalité juridique.²³

Suivant la logique de Dworkin, il n'est pas surprenant de constater que la Convention américaine prévoit expressément une égalité juridique pour les enfants nés dans le mariage et ceux qui sont nés hors-mariage. En effet, l'article 17 (5) stipule que : '*La loi doit reconnaître les mêmes droits aux enfants nés hors des liens du mariage qu'à ceux qui y sont nés.*' Il est donc clair que le droit interaméricain ne fait pas de distinction à ce nouveau. Ce droit à l'égalité juridique peut être vu sous différents angles. Comme déjà précité, la Cour exige qu'il y ait une égalité juridique entre les filles et les garçons. Elle précise d'ailleurs que le principe de l'égalité prévu à l'article 24 de la Convention n'empêche pas l'adoption de règles spécifiques et des mesures de protection quant aux enfants.²⁴

B. Droit de l'enfant de présenter lui-même une pétition

Les enfants ont la capacité de porter une demande de leur propre initiative devant les tribunaux internationaux et d'ailleurs ces derniers ont même réussi à y parvenir. En effet, ce droit de présenter une pétition ne dépend pas sur le fait qu'un enfant a un droit qui découle directement de la Convention, mais c'est plutôt un droit général qui lui est reconnu *locus standi* (le droit de prendre une action, droit inhérent) de porter une plainte. C'est ainsi qu'un enfant bénéficie comme un adulte d'entreprendre une telle procédure.²⁵ Il peut être ajouté ici que ce droit à une portée favorable pour les enfants de ce système car il est permis de présenter son cas individuellement en comparaison avec les normes universelles des Nations-Unies. C'est un bijou du système interaméricain. Ceci est d'ailleurs noté par un auteur qui mentionne que : '*the potential to achieve the protection and respect of children's rights are even greater under the inter-american system and the United Nations Convention on the rights of the child because unlike the latter, the former permits the presentation of individual cases.*'²⁶

²³ Ronald DWORKIN, '*Taking rights seriously*', Cambridge: Harvard University Press, xv, (1977). 293 pages

²⁴ Voir note no. 5

²⁵ Note 1, à la page 53

²⁶ Idem, à la page 283

C. La famille et le droit de l'enfant

i. Responsabilité de l'enfant

Une de ses particularités de la Déclaration américaine est qu'elle contient une disposition sur la responsabilité des enfants à l'égard de leurs parents selon ce qu'édicté l'article 30. Cet article stipule que:

Art 30. Toute personne a le devoir d'aider, de nourrir, d'éduquer et de protéger ses enfants mineurs, et les enfants ont le devoir de respecter à tout moment leurs parents et de les aider, de les nourrir et de les protéger en cas de nécessité.'

Ainsi, autant l'enfant que le parent ont des devoirs. Cependant, il est facilement raisonnable de s'attendre à ce qu'un parent aide, nourrisse, éduque et protège son enfant. On pourrait toutefois se questionner sur la lourde responsabilité imposée à l'enfant à l'égard de ses parents. Il est possible d'avancer qu'il semble y avoir une connotation religieuse dans cette disposition. Nous savons que la religion catholique est empreinte dans les Amériques et encore plus présente dans les Amériques latines²⁷. Cette connotation que l'on peut également appeler commandement divin pourrait parvenir de versets bibliques sur le devoir des parents et des enfants :

'Enfants, obéissez à vos parents, selon le Seigneur, car cela est juste. Honore ton père et ta mère (c'est le premier commandement avec une promesse), afin que tu sois heureux et que tu vives longtemps sur la terre. Et vous pères, n'irritez pas vos enfants, mais élevez-les en les corrigeant et en les instruisant selon le Seigneur'.²⁸

Il est probable que l'article 30 de la Déclaration américaine soit bibliquement inspiré.

ii. Protection de la famille et l'enfant

L'article 6 porte sur la protection de la famille qui se lit ainsi :

Art. 6 'Toute personne a le droit de fonder une famille, élément fondamental de la société, et de recevoir protection en sa faveur.'

Un autre avantage du système est que les enfants profitent également de la protection de la famille. Plus particulièrement, s'il existe une protection que la famille a droit, l'enfant, en tant que membre de cette famille, bénéficie également de cette protection familiale. Je vous propose deux exemples qui illustrent cela. En premier lieu, dans une affaire concernant le Pérou²⁹, la Commission a conclu que la détention par force par l'armée Péruvien de ses enfants de l'ancien Président Garcia du Pérou consistait à une violation de l'article 19. La Commission a soutenu que ces agissements étaient de nature particulièrement répugnantes pour reprendre les propos de la Commission. Dans l'affaire Velasquez Rodriguez³⁰, cause très connue dans le système interaméricain, il est intéressant de constater que des

²⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Latin_America#Religion

²⁸ Version Louis SEGOND, 'La Sainte Bible', Éphésiens chapitre 6, versets 1-4, Alliance Biblique Universelle.

²⁹ Peru, Case 11.006, Report No. 1/95, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.88 rev.1 Doc. 9 at 71 (1995).

³⁰ Velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988).

enfants qui ont soufferts suite aux agissements du gouvernement à l'égard de leur parent ont obtenu des dommages compensatoires à titre de réparations par la Cour. Cette dernière a conclu dans cet arrêt que le pays d' Honduras devrait compenser ces enfants pour les dommages moraux et émotionnels que ces derniers ont subis. Dans cette affaire, la Cour a conclu que le gouvernement Honduras est responsable de la disparition du père de ces enfants de par leurs actions, et donc, compensation devait être octroyée aux enfants. Selon un auteur, :

*'An individual family member cannot petition on behalf of the entire family unit that the state is in breach of its obligations to protect the family as a group unit ... the entitlement of the family to protection by society and the state is formulated as a group right, but the basic procedural hurdles only allows for individual claims. The lack of a recognized procedural status for the group unit has important implications for children as it limits the potential range of international legal remedies which a family can consider in protecting the rights of the child[...] Where a child, as a family member, suffers as a direct victim because a family's economic social and cultural rights have been violated then the family either as a unit or through individual family members is unable to seek a direct remedy before an international legal tribunal.'*³¹

L'importance de ce point est que les traités internationaux considèrent la famille *'as providing society with an organized unit upon which the structure of society is based'*.³² Plus particulièrement, dans l'article 6 précité de la Déclaration américaine, il est stipulé que la famille est l'élément fondamental de la société. Ceci étant, un État a un intérêt à maintenir une famille unie afin d'éviter des situations où un enfant est séparé de sa famille ou encore qu'il se voit placer sous la tutelle de l'État. À ceci: *'Although the family is defined as the basic unit, its procedural capacity to enforce its rights is limited due to the excessive individualization which characterizes many aspects of international law.'*³³

Mentionnons également qu'il existe une disposition similaire à l'article 6 de la Déclaration américaine dans la Convention américaine. L'article 17 de la Convention prévoit plusieurs protections et responsabilité étatique au niveau de la famille. À titre d'exemple, les enfants ont également des droits lors d'une séparation familiale. C'est d'ailleurs ce que prévoit le paragraphe 4 en disposant que :

(4) *'Les États parties prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et l'équivalence judiciaire des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer la protection nécessaire aux enfants, en fonction uniquement de leur intérêt et de leur bien-être.'*

C'est ce que réitère d'ailleurs un auteur sur le sujet lorsqu'elle mentionne dans son ouvrage que : *'Children are entitled to have provision made for them on the dissolution of marriage.'*³⁴ Dans tous les cas, le système interaméricain préconise en tout temps le meilleur intérêt de l'enfant.

Enfin, la Cour a réitéré dans son opinion que la famille est la première place où l'enfant doit être capable de se développer et exercer des droits. En ce sens, l'État est tenu de supporter et renforcer les liens familiaux. Elle précise que les enfants doivent demeurer avec leur famille à moins de raisons spéciales pour les séparer et ce en respectant les meilleurs intérêts. La séparation est une exception et celle-ci doit être de préférence temporaire.³⁵

³¹ Voir note 1, à la page 78

³² Idem, à la page 77

³³ Idem, à la page 78

³⁴ Voir note 1, à la page 103

³⁵ Voir note 5

iii. La protection contre l'adoption irrégulière et les enlèvements

Dans une étude qui a été faite sur des enfants mineurs qui ont été séparé de leurs parents par une disparition en Argentine, la Commission a analysé autant la Déclaration et la Convention afin de déterminer quelles dispositions de ces deux traités ont été violées. Les causes qui ont été enquêtées comportent deux types de catégories, à savoir les cas où des enfants ont été donnés à des parents qui ne connaissent pas la provenance de ces enfants et qui ont été retirés de leurs parents biologiques et en deuxième lieu, les cas où les parents adoptifs étaient manifestement de mauvaise foi. Dans ce dernier cas, la Commission a porté le commentaire suivant : ‘ *the cases in which the new parents are themselves the captors, torturers and executioners of the natural parents... constitute...one of the most unusual manifestations of a repressive pathology*’.³⁶

Dans les deux types de catégories susmentionnés, la Commission a trouvé qu'il y a eu plusieurs dispositions qui ont été violées. Elle affirme aussi que ces dispositions ne peuvent être dérogées et que même dans l'éventualité qu'un État est dans une situation de guerre civile, comme c'était le cas en Argentine, ces agissements violeraient quand même la Convention de Genève de 1949 et ces protocoles de 1977.

D. Le droit de l'enfant de préserver son identité

Concernant l'identité, l'enfant a le droit d'avoir un nom et d'obtenir un enregistrement de sa naissance. La Convention américaine prévoit que chacun a le droit à un prénom. Selon l'article 18 de la Convention : ‘ *toute personne a droit à un prénom propre et aux noms de ses parents ou de l'un d'entre eux*.’ La loi réglemente les moyens à employer pour assurer ce droit à tous, y compris le cas échéant, le recours à l'adoption de nom. L'enregistrement d'un nom est très important afin de protéger les droits d'un enfant. Cela ne peut être dérogé dans aucune circonstance.

i. Droit à la nationalité

Le fait d'obtenir l'enregistrement de la naissance d'un enfant comporte nécessairement son droit à la nationalité après sa naissance. Le droit interaméricain protège l'enfant qui est rendu apatride à cause des agissements d'un État. Nous vous exposons une décision où la Cour interaméricaine a rappelé la responsabilité de l'État à fournir une nationalité à un enfant né sur son territoire. Cette affaire concerne la République Dominicaine et le droit de Haïtiens sur son territoire. Bien que distinctes, la République d'Haïti et la République Dominicaine forment ensemble ce qu'on appelle l'Hispaniola³⁷. Cependant, il existe de l'animosité entre ces deux pays ayant des répercussions sur la situation des Haïtiens d'origine qui décident de s'établir dans la République Dominicaine. Il peut être noté à prime abord que la Cour a effectivement juridiction pour entendre cette cause en vertu de ses articles 62 et 63 (1) de la Convention américaine puisque la République Dominicaine est un État parti à la Convention depuis 1978 et a accepté la juridiction de la Cour en 1999. De plus, la République Dominicaine a ratifié les Conventions internationales relatives aux droits de la personne.

Cette affaire a été soumise par la Commission interaméricaine qui a allégué qu'il y a eu violation des droits de l'enfant eu égard aux articles 3, 8, 19, 20, 24 et 25 de la Convention américaine.

³⁶ Inter-American YearBook Human on rights à la page 480

³⁷ <http://fr.wikipedia.org/wiki/Hispaniola>

Brièvement, cette affaire³⁸ concerne deux jeunes filles que la République Dominicaine a retenues pendant plus de 4 ans et 4 mois en leur privant le droit à la nationalité basé sur le fait qu'elles avaient une mère dominicaine et un père haïtien. Bien que nées sur le territoire dominicain, cet État refusait de leur donner un certificat de naissance à cause de leur père haïtien. Ces deux petites filles n'avaient donc pas de certificat de naissance ayant pour conséquence une impossibilité d'aller à l'école. La Cour a conclu que le comportement de la République Dominicaine équivaut non seulement à une violation au droit de l'enfant à une nationalité, mais qu'il y a aussi eu violation à leur droit à l'éducation des enfants a été violé. Ce dernier droit fera l'objet de la prochaine sous-section.

Ainsi, dans l'affaire du 8 sept 2005, la Cour a ordonné la République Dominicaine de réformer son système d'enregistrement des naissances, d'éliminer le fardeau trop lourd d'obtenir de tels certificats et de surcroît, d'ouvrir ses écoles à tous les enfants. Cette décision a établi un précédent important en droit international. La Cour a reconnu le droit à la nationalité comme étant la clé à la pleine jouissance de tout droit civique qu'un individu dans une société détient. La Cour a conclu que dans les pays qui conditionnent la nationalité en raison de l'endroit de la naissance, les enfants n'héritent pas le statut d'immigration de leur parent et ainsi donc, les critères pour obtenir l'enregistrement d'une naissance devrait rechercher seulement à prouver la place de naissance. Cette décision est la première à trouver que le droit international interdit *jus solis* (c'est-à-dire, un droit par lequel la nationalité ou la citoyenneté peut être reconnu par tout individu né dans le territoire en question) les États de refuser le droit à la nationalité sur la base de la race. La Cour a de plus conclu qu'un système d'enregistrement des naissances doit être accessible, simple et raisonnable.

Pour mieux comprendre l'importance de ce droit à la nationalité, permettez-moi de vous présenter un extrait du passage de la décision :

'The persistence of causes of statelessness constitutes a disturbing picture, because the possession of a nationality is a basic requirement for the exercise of other individual rights, such as political rights, and the right of access to education and healthcare, along with so many others.'

Cependant, cette décision a mal été prise par la République Dominicaine et une réaction hostile a vu le jour. En ne se conformant pas à la décision, la République Dominicaine va se voir souiller son image quant au respect des droits de l'homme envers le public et il est notable de préciser que dans un pays où le tourisme est la première source financière, son image à toute sa valeur.

E. Droit à l'éducation

La décision de Yean et Bosico que nous avons vu dans la section précédente est une décision qui retient toute son importance non seulement au niveau du droit de l'enfant à la nationalité mais également au droit à l'éducation. La Cour ne s'est pas gênée de réitérer dans cette décision que tout enfant a droit à l'éducation. Dans le système interaméricain, le principe est que l'éducation primaire est gratuite. L'article 12 (4) de la Déclaration américaine prévoit que : *' Toute personne a le droit de recevoir gratuitement, et pour le moins, l'instruction primaire.'*

La Convention américaine en contraste avec la Déclaration américaine ne contient pas expressément le droit à l'éducation, mais ce droit est plutôt incorporé à l'article 3 du Protocole de San Salvador qui est un autre traité du système interaméricain que nous verrons plus loin dans cette analyse.

³⁸ Inter-American Court of Human Rights Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic, 2004

Enfin pour terminer cette sous-section, la Cour explique dans son opinion que l'État, afin de respecter ses obligations, doit s'assurer que les institutions ont des employés adéquats et des établissements d'enseignement appropriés dans la mesure du possible.³⁹

F. Protection contre l'exploitation sexuelle

Certains auteurs expliquent que les États qui font partie à la Convention américaine ont une responsabilité étatique d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants. Plus spécifiquement, pour contrer le trafic d'enfants, l'OEA a adopté la Convention inter-américaine sur conflits de loi concernant l'adoption de mineur. Le système interaméricain souhaite que les États incorporent cette dernière dans leur loi nationale et qu'ils considèrent l'exploitation sexuelle comme un crime sérieux. L'État doit surveiller de près l'adoption internationale et contrer toute forme de trafic d'enfants.

G. Le droit de l'enfant à la survie et au développement

Ce droit incorpore les étapes positives nécessaires de vant être entrepris par l'État afin de prolonger un développement sanitaire et en santé de l'enfant. Quant à la santé de l'enfant, cette approche apparaît à l'article 10 (2)(a) du Protocole de San Salvador. À cela, ajoutons l'article 2 de la Déclaration américaine qui prévoit que : *Toutes les personnes, sans distinction de race, de sexe, de langue, de religion ou autre, sont égales devant la loi et ont les droits et les devoirs consacrés dans cette Déclaration.* La Cour indique dans son opinion sur les droits de l'enfant que le meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'article 3 de la Convention des droits de l'enfant s'applique au système interaméricain, ce qui signifie que chaque enfant a le droit au plein développement et la jouissance de ses droits dans tous les aspects de sa vie.⁴⁰

H. La prévention de délinquance juvénile et l'administration de la justice juvénile

Les dispositions de la Convention américaine régissent un système judiciaire spécial pour les jeunes délinquants ainsi que leur intégration. En effet, il est prévu à l'article 5(6) que : *Les peines privatives de liberté doivent avoir pour but essentiel l'amendement et le reclassement social des condamnés.*

La Convention américaine est contre la peine de mort qu'elle considère comme un traitement cruel et une mauvaise forme de punition et une violation à la vie. Cette prohibition peut être retrouvée à l'article 4 (5) de la Convention américaine : *'La peine de mort ne peut être infligée aux personnes qui, au moment où le crime a été commis, étaient âgées de moins de dix-huit ans ou de plus de soixante-dix ans; de même elle ne peut être appliquée aux femmes enceintes.'*

Depuis l'arrêt Villagran, la Cour a pris une approche différente sous l'article 19 de la Convention dans une cause récente qui impliquait l'État de Paraguay. Le cas concernait un centre de réhabilitation pour jeunes. Cet établissement de détention pour mineurs était surpeuplé et avait peu de ressources disponibles. Étant donné les conditions auxquelles faisaient face ces mineurs, plusieurs incidents ont coûté la vie à certains, et d'autres détenus ont été blessés.

³⁹ Voir note 5

⁴⁰ idem

La Cour a conclu dans cette instance que le Paraguay n'a pas respecté son obligation d'appliquer les garanties à la Convention. De plus, elle a conclu aux violations suivantes : le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne, le droit aux garanties judiciaires, le droit de l'enfant, le droit à une protection judiciaire. Pour ce faire, la Cour a eu recours à la Convention de Nations-Unies relative aux droits de l'enfant pour en arriver à ses violations. L'État se doit de protéger l'intégrité physique des mineurs détenus en leur offrant une qualité de l'environnement de l'établissement de détention et en respectant les meilleurs intérêts de l'enfant. De plus, l'État se doit de protéger leur vie pendant leur détention et est obligé de fournir des soins de santé, voire même une éducation.

i. Le droit de l'enfant privé de sa liberté (privation à la liberté)

La prohibition ou l'interdiction de torture, cruel, inhumain et mauvais traitement s'applique à tout individu et ce, dans tous les aspects de sa vie. Mais lorsqu'on parle d'enfants qui ont été privé de leur liberté, ils deviennent plus vulnérables lorsqu'ils subissent ce genre de traitement. La Commission a entendu plusieurs affaires qui concernent la torture chez les enfants. Comme par exemple, l'affaire Jorge Bernl, un jeune de 16 ans a été couvert des yeux, détenus sans nourriture pendant une durée totale de 8 jours.⁴¹ Dans une affaire⁴², la Cour a rendu une décision qui rappelle encore une fois la responsabilité de l'État envers les jeunes délinquants. Elle a indiqué que : *'Again request that the State immediately adopt the necessary measures to protect the lives and personal integrity of all the children and adolescents residing in FEBEM Tatuapé Complex, as well as that of all persons within it. To that end, the State shall adopt the necessary measures to prevent outbreaks of violence, and also to guarantee the security of the inmates and maintain order and discipline in the above mentioned compound.'*

La Cour a interpellé l'État en question d'adopter sans délai les mesures nécessaires afin de prévenir que les jeunes emprisonnés subissent de meilleurs traitements : *'Request the State to adopt, without delay, the necessary measures to prevent that the young inmates are subjected to cruel, inhuman or degrading treatment, among which lasting confinement and physical mistreatment are included.'*

Dans son opinion eu égard au droit de l'enfant, la Cour mentionne que dans les décisions judiciaires et administratives qui concernent les enfants, les principes de droit et les délais raisonnables de procéder doivent être respectés. Ces règles comprennent, notamment un tribunal compétent, indépendant et impartial, le droit d'appel, la présomption d'innocence, la présence des deux parties à l'action, le droit à une audience, le droit à une défense et l'importance de prendre en considération la situation spécifique de l'enfant. Elle réaffirme également que les enfants âgés de moins de 18 ans qui ont eu des charges criminelles prisent contre eux, doivent paraître devant un tribunal spécialisé et différent de celle des adultes.⁴³

J. Protection de l'enfant en temps de guerre

Le système interaméricain offre également une protection à tous les enfants en tant de guerre. En voici un exemple⁴⁴. Lors d'une période de conflit interne au Pérou, deux frères âgés de 14 et 17 ans ont été enlevés, torturés et ont été tués par des agents de l'État parce qu'on avait soupçonné qu'ils étaient des terroristes. La

⁴¹ Case 2029, Paraguay

⁴² Adolescents in the Custody of the Febem v. Brazil, Case 12.328, Report No. 39/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 181 (2002).

⁴³ Voir note 5

⁴⁴ Emilio and Rafael Gómez v. Peru, Case 11.015, Report No. 44/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 365 (2000)

Cour a conclu que l'État de Pérou a violé plusieurs articles de la Convention dont l'article 19 qui concerne le droit de l'enfant. La Cour a conclu que la détention d'un mineur doit être exceptionnelle, brève et l'État doit s'assurer que la vie du mineur est en sécurité. Il est donc évident que l'État se doit de respecter les droits des enfants même en lors de conflit, de guerre ou de terrorisme.

i. Le droit des enfants dans les conflits armés

Nous n'allons pas développer sur cet aspect dans le présent écrit. Cependant, ce droit existe dans le système interaméricain et la Commission interaméricaine en fait l'État dans son Rapport annuel de 1999 où elle recommande la suspension du recrutement d'enfants et leur participation dans les conflits armés. Elle implore les États: '*to repeal any laws or regulations that permit conscription or voluntary enlistment of adolescents under the minimum age allowed by international instruments ...forbidding the recruitment of minors of 18 years to participate in armed conflicts.*'⁴⁵ Cette recommandation fût d'ailleurs adoptée à l'unanimité lors de la *International Labor Conference* en juin 1999.

Ceci clôture cette section où il a été mis en évidence plusieurs protections et droits de l'enfant au niveau du système interaméricain. Cependant, il existe d'autres instruments de protection au sein de ce régime et la prochaine partie de cet écrit en fera une ébauche.

⁴⁵ Voir OAS/IACHR, Annual Report of the American Commission of Human Rights, Chapter VI, Recommendation for eradicating the recruitment of children and their participation in Armed conflicts.

Partie V. Autre instrument de protection de l'OEA : Le Protocole de San Salvador

L'OEA a aussi adopté d'autres instruments sur les droits de l'homme plus particulièrement aux droits de l'enfant.

- 1- Inter-American Convention on the international return of children
- 2- Inter-American Convention in international traffic in minors
- 3- Inter-American Convention on support obligations
- 4- Inter-American Convention on conflict of laws concerning the adoption of minors
- 5- The Protocol of San Salvador.

L'OEA a de plus adopté le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels⁴⁶ (Protocole de San Salvador). L'article 16 du Protocole est intitulé '*Droit de l'enfant*'. Cette disposition réitère en grande partie ce qu'édicté l'article 17 de la Convention, mais est plus détaillée que la Convention en ce qu'elle précise que : '*Tout enfant, quelle que soit sa filiation, a droit de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur. Tout enfant a le droit de grandir sous la protection et la responsabilité de ses parents. Sauf circonstances exceptionnelles reconnues comme telles par la justice, l'enfant en bas âge ne peut être séparé de sa mère.*' Cette disposition crée donc une présomption en faveur de la mère qui détiendra assurément la garde de son enfant en cas de divorce ou de séparation. L'article 16 dispose de plus que : '*Tout enfant a droit à l'instruction gratuite et obligatoire, au moins au niveau élémentaire, et à le droit de poursuivre sa formation aux degrés plus élevés du système éducatif.*'

L'article 16 réfère au principe de la non-séparation d'un enfant de ses parents. Cette disposition stipule également le droit à une éducation gratuite au niveau primaire. Ce protocole garantit également une nutrition adéquate pour les enfants à l'âge de nourrisson et pendant que les enfants sont à l'école. Ce protocole exige de plus que les États Parties mettent sur pied des programmes spéciaux pour famille afin de créer un environnement stable et positif permettant ainsi que l'enfant soit en mesure de se développer convenablement.

Ce Protocole prohibe le travail de nuit ainsi que le travail malsain ou mauvais pour la santé, le travail dangereux et les conditions de travail pour les enfants n'ayant pas atteint l'âge de maturité.

i. Exploitation de travail chez les enfants

Suivant l'application de ce Protocole, il est évident que le droit interaméricain se veut d'être un système qui protège l'exploitation du travail chez les enfants. Ce problème est d'ailleurs très présent par exemple au Brésil. Selon des études, '*after the Brazil's passage of legislation raising the minimum work age to sixteen in December 1999, Brazilian reports still estimate that approximately 7.7 millions children and adolescents between the ages of five and seventeen continued to be part of the labor force, which indicates significant, but comparatively modest progress in the past decade*'.⁴⁷ De part ces faits, le travail d'enfant

⁴⁶ Adopté à San Salvador, El Salvador le 17 novembre 1988, à la dix-huitième Session ordinaire de l'Assemblée générale

⁴⁷ Luciana Garbin, *O Trabalho Infantil Ainda Recruta 7,7 Milhões*, CIDADES, at <http://www.estado.com.br/editoria/2000/07/10/cid181.html> (last modified July 10, 2000)

persiste encore au Brésil. Le Brésil est un signataire du Protocole de San Salvador qui lui est donc applicable.

Il existe également ce qu'on appelle 'The Inter-American Children's Institute, qui est une organisation spécialisée de l'OEA. Cette organisation a pour but de : ' *Since 1989, ... has been responsible for the inter-american plan of action for needy children, currently consisting of the programs on prevention of drug dependency, rights of the child and the family, rights of disabled children, social policies for children, information for children and family and civil registry for vital statistic.*'⁴⁸

Selon un auteur: ' *The Inter-American Children's Rights Institutes holds the greatest promise of regionalizing child labor in the Americas....considering its broad mandate, design and function, the INN should begin expanding regional child labor standards and initiatives.*'⁴⁹

Bien qu'il n'y ait pas de disposition spécifique dans la Déclaration ni la Convention concernant le travail chez les jeunes, la Cour explique dans son opinion qu'afin de maintenir une protection entière aux enfants, cela comprend une jouissance de leur droit civil, incluant leur droit économique, social et culturel. Les États parties à la Convention américaine sont tenus en vertu des articles 19 et 17 combinés avec l'art 1 (1) d'adopter toutes les mesures de protection nécessaire afin d'assurer la protection des enfants contre les mauvais traitements.⁵⁰ Il est possible d'interpréter cela comme une protection contre les mauvais employeurs.

Après avoir analysé l'ensemble des protections offertes aux enfants dans le système inter-américain, il serait maintenant intéressant dans le cadre de ce travail de brièvement commencer sur les forces et faiblesses de ce système.

⁴⁸ Voir Report of the Inter-American Children's Institute to the Special Committee on Inter American Summits Management, OEA/Ser.G C E/GCI-23-95, at <http://www.summit-americas.org/CEGCI%2020Docs/CE-GCI-23-95-eng.htm> (17 octobre 1995)

⁴⁹ Charles T. Mantei, 'It takes a village to raise a child : the role of the organization of American States in eliminating the worst forms of child labor in Brazil', University of Miami Inter-American Law Review, volume 32, pages 469, 2001

⁵⁰ Voir note 5

Partie VI. Forces et faiblesses du système interaméricain sur la protection des enfants

À la lumière de ce qu'on a pu observer précédemment, le système inter-américain semble avoir mis sur place une panoplie de protections et de droit à l'égard des enfants. On n'a pu constater que la Cour et la Commission travaillent ensemble afin de s'assurer que les enfants soient protégés.

i. Forces

Le processus de faire une pétition établie par la Convention américaine a donné plus d'accès aux organisations des droits de l'homme et surtout à ceux qui défendent les droits des enfants en Amérique latine. Ceci est une grande force du système inter-américain.

L'arrêt Villagran va élargir les garanties prévues à la Convention ce qui est également une autre force au niveau du raisonnement de la Cour.

Les traités, les Conventions, les jugements, les organisations non-gouvernementales sont tous des forces intégrantes de ce système par leurs apports et contributions.

Certainement, il est possible d'ajouter que ce système est avantageux pour plusieurs pays puisqu'il assure un forum additionnel et une protection supplémentaire contre les effets négatifs de la globalisation.

ii. Faiblesses

Une des lacunes du système est la lenteur. Par exemple, dans la cause de Yean et Bosico, quatre ans s'est écoulé avant d'obtenir un jugement. Dans l'affaire Villagran, la plainte a été reçue en 1994 et le jugement a été rendu en 1999. La première opinion de la Cour sur les droits de l'enfant a été rédigée en 2002! Près de 23 ans après la création de la Cour. Assurément, bien que le droit de l'enfant soit important, on peut se demander si c'est une priorité. Une autre mention importante concerne la clause qui concerne la suspension des garanties. Si l'on veut protéger l'enfant en tout temps et son meilleur intérêt, cette clause ne devrait pas s'appliquer. Par exemple, l'enfant a le droit de chercher et recevoir de l'information. Le type d'information portant atteinte au bien-être d'un enfant peut être déduit à la lecture de l'article 13⁵¹ (4) de la Convention américaine qui se lit ainsi : *Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 ci-dessus, les spectacles publics peuvent être soumis par la loi à la censure, uniquement pour en réglementer l'accès en raison de la protection morale des enfants et des adolescents.* En effet, l'article 13 concerne le droit à la liberté de pensée et la liberté d'expression. En d'autres mots, *'injury to the well being of children includes injury to their morals'*. L'article 13 couvre également le droit de l'enfant à une opinion. L'État doit donc s'assurer que l'enfant ait accès au media. Or, il faut cependant noter que certaines limites sont prévues au niveau de la suspension des garanties en vertu de l'article 27 de la Convention et donc la protection perd son effet.

Une des faiblesses du système inter-américain et qui peut causer un problème est la question du respect réel des décisions de la Commission et de la Cour. Il est possible de concevoir que la création de mécanismes de réponse efficaces garantirait l'exécution des décisions. Dans le cadre de cet écrit, on a pu constater que le système connaît des résultats positifs et que plusieurs gouvernements exécutent les

⁵¹ Note 1, à la page 135

jugements. Cependant, y-a-t-il vraiment force exécutoire de ces jugements? Si ceux-ci ne sont pas exécutés, comment les faire respecter? Cela constitue assurément une faiblesse du système et donc un effet évident sur la protection des enfants.

Partie VII. Comparaison du système interaméricain avec le système européen

i. Distinction

Cette section sera très brève et ne considère par toutes les distinctions à faire entre ces systèmes en ce qui a trait aux droits de l'enfant ou encore à leur protection. Comme on le sait, l'OEA a adopté la Convention Américaine. Cependant cette dernière connaît une similitude à la Convention Européenne mais elle se contraste sur certains points.

En contraste, la Convention américaine est plus concentrée sur l'enfant et à un titre spécifique à son article 19 qui est intitulé ' Les droits de l'enfant '. On ne retrouve pas cette spécificité dans la Convention européenne.

De plus, la Convention américaine interdit la peine capitale qui pourrait être imposée sur un sujet qui, au moment du crime, était âgé de moins de 18 ans. La Convention est le seul traité qui met impose une responsabilité spécifique sur l'État de créer un tribunal spécialisé pour enfant sujet à des charges criminelles tel qu'il est prévu à l'article 40 (3), ce qu'on ne retrouve pas dans la Convention européenne.

Nous avons mentionné dans le Courant de cet écrit que le système interaméricain exige que l'enfant à le devoir d'honorer ses parents. Encore une fois, ce droit n'est pas couvert dans l'espace européen.

Quant au droit de l'enfant de préserver son identité, nous avons pu constater dans le cadre de ce projet que l'enfant qui parvient du système interaméricain est protégé en ce sens qu'il a le droit d'avoir un nom et d'obtenir un enregistrement de sa naissance. Il s'avère que dans le système européen, ce dernier ne stipule pas dans ces dispositions une responsabilité de l'État d'enregistrer le nom d'un enfant tout de suite après sa naissance. Cependant, on a interprété l'article 8 de la Convention Européenne que ne pas enregistrer le nom ' *could amount to an unlawful interference with the child's right to respect for family life.*'⁵²

ii. Similitudes

Nous avons soulevés que la Convention américaine prévoit expressément une égalité juridique pour les enfants nés dans le mariage et ceux qui sont nés hors-mariage. Il en est de même dans le système européen. En effet, dans ces deux systèmes, les enfants ont le droit universel d'avoir une protection sociale qu'ils parviennent ou non d'un pays signataire à la Convention des droits de l'homme.

Un autre droit similaire est que les enfants de ces deux systèmes ont la capacité de porter une demande de leur propre initiative devant les tribunaux internationaux.

Nous savons que l'enfant a le droit à une opinion dans le système interaméricain. En effet, l'État doit s'assurer que l'enfant ait accès au media comme l'édicte l'article 13. Le droit à la liberté d'expression est véhiculé à l'art 10 de la Convention Européenne. Ces deux Conventions comportent cependant des limites qui sont prévues à l'article 15 de la Convention Européenne et à l'article 27 de la Convention américaine qui est la suspension des garanties.

⁵² Kalderas' Gypsies v. The Federal Republic of Germany and Netherlands, European Commission of Human rights, Appl. Nos. 7823/77 & 7824/77

Le droit à l'éducation de l'enfant est également couvert dans le système européen. Cependant, cette protection est incluse non pas dans la Convention européenne mais dans son Protocole no. 1 à l'article 2.

Les protections susmentionnées ne sont que quelques comparaisons entre les deux systèmes. Cependant, à titre d'information, le système européen pour la protection des enfants protège ces derniers sur plusieurs autres formes de garanties tel que la détention juvénile, l'identité de l'enfant, ces droits civils, son droit à la vie. Le système européen contre les abus, met de l'emphase sur l'importance de la famille, protège les enfants réfugiés et tout ce qui a trait à l'adoption.⁵³

⁵³ Ursula KILKELLY, *The child and the European Convention on Human rights*, Ashgate Dartmouth, 1999, 353 pages

CONCLUSION

Aujourd'hui, la lutte menée par les organismes qui défendent le droit des enfants a grandement contribué dans plusieurs pays à l'élaboration de lois et même à la révision de la constitution. Américain la Déclaration américaine, la Convention américaine, les normes universelles des Nations-Unies et plusieurs autres traités adoptés par l'OEA afin de protéger les droits des enfants.

Ces instruments sont la base de la structuration de ce système interaméricain et les États ayant ratifiés sont tenus de contribuer à la protection des enfants.

Pour prévenir, réprimer et rayer la violence faite aux enfants, il ne suffit pas de signer des traités ou encore de ratifier des Conventions, mais il est primordial que les États s'engagent à prendre des mesures internes d'application de ces lois. Nous avons pu constater par la jurisprudence interaméricaine que les enfants subissent des atrocités énormes. Comme par exemple en Haïti. Présentement, il y a la situation des *Restavec*⁵⁴. 250000 enfants haïtiens vivent dans de situations dangereuses pour leur santé, les enfants sont séparés de leur famille et ils sont évidemment mal traités. Bien qu'il y ait un proverbe créole qui dit que l'espoir faire vivre, le système interaméricain a une responsabilité envers ce pays signataire. Signer des accords et des Conventions c'est bien mais il faut se demander si cela a un impact réel sur terrain

La situation des femmes emprisonnées au Paraguay a un impact direct sur leurs enfants. Prenez par exemple Teresa A silvera qui est entrée en prison avec son enfant qui était alors âgé de 2 ans et lorsqu'elle a quitté la prison, son enfant était âgé de 6 ans et pendant tout son temps en prison, son enfant aurait subi les mêmes traitements qu'elle, c'est-à-dire des traitements qu'on fait aux adultes. Ou encore Rosa Goiburú qui a été arrêtée pendant qu'elle était dans une grossesse avancée, elle a eu son enfant en prison, seule, et avant de quitter la prison, elle y a passé 3 ans avec son enfant. Il faut pousser les États à contribuer à la protection des femmes et des enfants. Avec la présence de lois internes garantissant ces droits, leurs conditions auraient une chance d'être améliorée. Alors tous les droits et protections qui ont été présentés dans le cadre de cet ouvrage auront un apport. Le système interaméricain a certainement évolué et ce système doit continuer d'appliquer ces dispositions protectrices et continuer ses efforts pour le meilleur intérêt des enfants.

'Des enfants, voilà les vrais biens de la famille'.⁵⁵

⁵⁴ Timothy C. J. ANAK, "Haïti's "Restavec" slave children: Difficult choices, difficult lives...yet...Lespwafé viv", *International Journal of Children's rights*, v. 8, no.321-331, 2000.

⁵⁵ Bible français Courant, Psaumes 127 verset 3.

**THE RELATION BETWEEN
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND ORGANIZED CRIME**

NÓRA SZÉLES

Table of Content

Introduction

I. The application of international humanitarian law

1.) Applicability to armed conflicts

a.) In international armed conflict

b.) In non-international armed conflict

2.) Applicability to individuals and groups

II. Organized crime and the international humanitarian law

1.) Importance of organized crime definition – definition

2.) Strict Contact points between organized crime and international humanitarian law

a.) The phenomenon of street gangs – applicability of international humanitarian law

b.) Organized crime and participation in hostilities

Conclusion

Bibliography

INTRODUCTION

The appearance of the organized crime in relation to armed conflicts cannot be called a discovery; it has been noticed before, and most notably during Operation Husky for the invasion of Sicily in 1943 by American troops. During this operation, American troops benefited from the help of Sicilian organized crime group to achieve success. Since then, organized crime in armed conflict has flourished later in Vietnam, Bosnia, Afghanistan and other armed conflicts. As it did, it became a huge problem to the civilian population's security as well as to the legitimate authorities. For example, last year some Columbian, Venezuelan cities were totally controlled by organized crime group and crime's rate was hugely in the sky. There are more and more examples for organized crime activities related to the armed conflict, Columbian rebellion group activities, or Taliban activities both of these groups benefit from the practice of organized crime activities which is a complex legal question. Indeed, the question of applicability of international human rights or national criminal law.

My intentions in this essay is to explore the legal questions which come from this relation, from the possibility of the applicability of international humanitarian law in "gang-wars", as well as to organized crime groups where they form an "armed group" in the sense of international humanitarian law, or as civilian group. Can organized crime activities be in the definition of "direct participation in hostilities"? Finding legal responses to these questions, I will therefore introduce the main legal norms relating strictly to international humanitarian law and compare them with organised crime activities that could be construed as falling within the purview of international humanitarian law.

I. The application of international humanitarian law

First, there is a need to comprehend the field of application of international humanitarian law, as this is the prime concern related to street gang's fight, which is one kind of organized crime group. Some researchers¹ highlight the problem of street gangs by focusing on the cities which are often located in an armed conflict area, or the problem of children soldier who are the main recruitment base of organized crime gangs. Latin American countries such as Columbia, Brasilia, Ecuador and El Salvador exemplify this as they have an immense problem to keep the security in their cities, because organized crime gang are far better armed than the local police and they can recruit their future soldier in the poor, rural area and in the skid row, both of which are seemingly bottomless.

Often the organization of these groups is very similar to that of an armed group. These gangs profit from circumstances where the State and its police are not very well equipped. These young children live between fringes with their family or as a homeless, less educated, attracted by the necessity to belong, which gangs offer in the same manner as military unit with its own code of conducts and discipline as well as tradition and celebration of daring. Researches of youth's presence in organized armed group and country crime reports clearly suggest this is a main problem and recommend special protection for youth.² Some researchers propose the same protection which comes from the application of international human rights.

¹Freedom from fear in urban spaces, discussion paper – Human security research and outreach program –Foreign affaires Canada,http://humansecurity-cities.org/sites/hscities/files/Freedom_From_Fear_in_Urban_Spaces_Discussion_Paper_English.pdf

² Luke Dowdney: Neither war nor peace, 341 p. <http://www.coav.org.br/publicue/media/NewAll.pdf>

But, contrary to this idea, to find the right response to this problem we have to analyze the field of application international humanitarian law. In humanitarian law, two levels of applicability must be differentiated: first, the initial applicability of norms such that armed conflicts are governed by conventional rules, and second in armed conflict in which humanitarian rules govern, the applicability of these norms to specific classes of individuals and groups.³ This is what I will analyze below.

1. Applicability to armed conflicts

*The first notion pertaining to the application of humanitarian law is that there must be some reciprocity for humanitarian convention to become applicable to an international armed conflict. That is clearly stated in common Article 2 of the 1949 Geneva Conventions and Article 96 (2) of Additional Protocol I, whereby conventional norms govern belligerent relations among High Contracting Parties, but not between a party and a state not party to the Conventions.*⁴

Reliance on reciprocity, however, even at that very general level, is by no means absolute. Under paragraph 3 of common Article 2 of the Geneva Conventions and Article 96 of Protocol I, belligerent relations between a party to the Conventions and a non-party will be governed by the Conventions if the latter accept and applies the provisions of the Conventions, terms which are not devoid of ambiguities.⁵

A.) International armed conflicts

The applicability of customary humanitarian law in an international armed conflict does not raise the same problem, given that all states are bound by these norms. Every armed conflict is automatically subject to customary humanitarian law, without any condition relating to reciprocity. Given that customary humanitarian law is a large body of norms, comprising at least the basic elements of the 1907 Hague Convention IV and Regulations, the 1949 Geneva Conventions and at least parts of Protocols I and II, this is significant principle.

In wars of national liberation, characterised as international armed conflicts under Article 1(4) of Protocol I, the rebel authority must make an express declaration, communicated to the depositary, of its intention to apply the Protocol and Conventions (Art. 96(3), Protocol I). In the case of armed conflicts amongst states party to the Conventions and Protocol, the instruments will apply to the conflict without any condition based on reciprocity requiring that liberation movement “apply” the provisions.⁶

According to the judgement of ICTY in the Tadic⁷ case, it is indisputable that an armed conflict is international if it takes place between two or more States. In addition, in case of an internal armed conflict breaking out on the territory of a State, it may become international (or, depending upon the circumstances, be international in character alongside an internal armed conflict) if (i) another State

³ René Provost: *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press 2002, 153. p.

⁴ For example, the 1929 Geneva Convention on Prisoners of War was not directly applicable between The United States and Japan during the Second World War because Japan was not a party.

⁵ René Provost: *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press 2002, 154. p.

⁶ René Provost: *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press 2002, 156. p.

⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (1999), Case n° IT-94-1-AR72, (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeal Chamber), available at <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/main.htm>.

intervenes in that conflict through its troops⁸, or alternatively if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State.⁹

A starting point for this analysis is provided by the criteria for lawful combatants laid down in the Third Geneva Convention of 1949. Under this Convention, militias or paramilitary groups or units may be regarded as legitimate combatants if they form "part of [the] armed forces" of a Party to the conflict (Article 4A(1)) or "belong [...] " to a "Party to the conflict" (Article 4A(2)) and satisfy the other four requirements provided for in Article 4A(2). It is clear that this provision is primarily directed toward establishing the requirements for the status of lawful combatants. Nevertheless, one of its logical consequences is that if, in an armed conflict, paramilitary units "belong" to a State other than the one against which they are fighting, the conflict is international and therefore serious violations of the Geneva Conventions may be classified as "grave breaches".

States have in practice accepted that belligerents may use paramilitary units and other irregulars in the conduct of hostilities only on the condition that those belligerents are prepared to take responsibility for any infringements committed by such forces. In order for irregulars to qualify as lawful combatants, it appears that international rules and State practice therefore require control over them by a Party to an international armed conflict and, by the same token, a relationship of dependence and allegiance of these irregulars *vis-à-vis* that Party to the conflict. These then may be regarded as the ingredients of the term "belonging to a Party to the conflict". The Appeals Chamber in the Tadic case thus considered that the Third Geneva Convention, by providing in Article 4 the requirement of "belonging to a Party to the conflict", implicitly refers to a test of control. It is therefore a realistic body of law, grounded on the notion of effectiveness and inspired by the aim of deterring deviation from its standards to the maximum extent possible. Therefore, humanitarian law holds accountable not only those having formal positions of authority but also those who wield *de facto* power as well as those who exercise control over perpetrators of serious violations of international humanitarian law.

It is still necessary to *specify* what *degree of authority or control* must be wielded by a foreign State over armed forces fighting on its behalf in order to render international an armed conflict which is *prima facie* internal. Indeed, the legal consequences of the characterisation of the conflict as either internal or international are fundamental: if the conflict is classified as international, it would *inter alia* mean that a foreign State may in certain circumstances be held responsible for violations of international law perpetrated by the armed groups acting on its behalf. The extent of the activities of a group, whether military, paramilitary or of another form, as well as its dependence on a State actor will therefore be a major concern in order to discover whether humanitarian law becomes applicable to this group and whether a State can be held accountable for its actions.

B.) Non-international armed conflicts

In internal conflicts, common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions sets basic standards which must be complied with by all parties, irrespective of the conduct of enemy combatants. Neither express or implied acceptance of, nor factual compliance with, conventional rules is required that the ICJ in the

⁸ Contrary to the decision of ICJ in the case of Nicaragua vs. U.S.A. (1986) in which the court underlined that giving or supporting an internal armed troops with arms by another state, this fact did not add the international character to the armed conflict, in contrast the court declared the state responsibility of the United States because the last offended against the obligations of the UN's Charter related to the prohibition of intervention in a state's internal affairs.

⁹ The judgement of ICTY in the Tadic case. <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>

Nicaragua case underlined.

Common Article 3 and its customary equivalent thereby impose an absolute obligation, completely disconnected from reciprocity, on all parties to an armed conflict. Protocol II, which develops and supplements common article 3, adds a condition in that the conflict must take place between government forces and dissident armed forces capable of implementing the rules set out in the Protocol (Art.1(1)) if its norms are to apply. This is more restrictive than common Article 3, but there is no reciprocity requirement, the rather low threshold being that the dissident armed group “may responsibly be expected to apply the rules developed in the Protocol”. As proved as the internal armed conflict in El Salvador when El Salvador offers an example of two unilateral undertakings, one by the government and one by the insurgents, to abide by common Article 3 and Protocol II.

Parties to an internal armed conflict may of course pay heed to the call made in common Article 3 to pass agreements to apply humanitarian norms over and above those provided in that provision and Protocol II. Such agreements have been made in the past, such as the 1994 agreement in Guatemala between government and rebels to apply Protocol II despite its legal inapplicability to the conflict, and do entail reliance on reciprocity.¹⁰

In short, Article 3 common to the four Geneva Conventions, Additional Protocol II, common principle, possible analogies with International Humanitarian Law of international armed conflicts and their limits, some international humanitarian law treaties and the same customary international law is the application field in internal armed conflict.

2. Applicability to individuals and groups

A distinction must be made between rules that protect combatants and those protecting non-combatants.¹¹ Rules protecting non-combatants apply independently of the behaviour of protected persons. Individuals may by their actions jeopardise their status as non-combatants, and thus their entitlement to the protection granted by Article 5. 1949 Fourth Geneva Convention.¹² In the Geneva Conventions, the importance of distinguishing between combatants and non-combatant (civilians) exist at several levels, such as:

- Activities;
- Rights;
- Punishable; and
- Protection.¹³

The definition of combatant is determined in the Article 4 (A) (1), (2) of the Third Geneva Convention, in the Article 43, 44 (3), 44 (5) of Protocol I. There are 3 main characters on which should have been focused:

⁹ René Provost: International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge University Press 2002, 157-158. p.

¹¹ This is different from a classification distinguishing between “Hague Law” and “Geneva Law”.

¹² René Provost: International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge University Press 2002, 158-160. p.

¹³ Marco Sassoli-Antoine A. Bouvier: How does law protect in war?, International Committee of the Red Cross, Geneva 1999, 118-120 p.

- Member of armed forces stricto sensu of a party to an international armed conflict;
- Distinguishing him|herself from the civilian population by taking an uniform; and
- Member of another armed group, who is under a command responsible to a party to the international armed conflict and subject to an internal disciplinary system.¹⁴

In the *Tadic* case, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) underlined some fundamental points in relation to the combatant status which are cannot be dissociated from participation in an international armed conflict. It espouses the *Nicaragua* test of what constitutes participation but rejected the International Court of Justice (ICJ) criterion as unconvincing. The "effective control" test propounded by the ICJ is an exclusive and all-embracing test that seems to the ICTY as being at variance with international judicial and State practice. Such practice has envisaged State responsibility in circumstances where a lower degree of control than that demanded by the *Nicaragua* test was exercised. As shall be seen, this practice has upheld the *Nicaragua* test with regard to individuals or unorganised groups of *individuals* acting on behalf of States but has applied a different test with regard to *military or paramilitary groups*.

In cases dealing with members of *military or paramilitary groups*, courts have clearly departed from the notion of "effective control" set out by the ICJ. Effective control has been defined as a control that extends to the issuance of specific instructions concerning the various activities of the individuals in question, such as in the *Stephens* case, where the Mexico-United States General Claims Commission attributed to Mexico acts committed during a civil war by a member of the Mexican "irregular auxiliary", which among other things lacked both uniforms and insignia. In this case the Commission did not enquire as to whether or not specific instructions had been issued concerning the killing of a United States national by the Mexican accused.

In such a case, it would be necessary to show that the State had issued specific instructions concerning the commission of the breach in order to prove - if only by implication - that the individual acted as a *de facto* State agent. Alternatively, it would be necessary to show that the State has publicly given retroactive approval to the action of that individual. The simple presumed relationship of loyalty to the State as a generic authority over the individual would not be sufficient to bring about the international responsibility of the State. The same may come about when a nonorganised group of individuals commits acts contrary to international law. For the State to be internationally responsible, it would be necessary to prove that the State exercised authority over those individuals and also that it had issued specific instructions to them concerning the performance of the violation, or that it *ex post facto* publicly endorsed those acts.

To these situations may be added the case where a State entrusts a private individual (or group of such individuals) with the specific task of performing *lawful* actions on its behalf, but when discharging that task, breach an international obligation of the State. In such instance, in line with the rules concerning State responsibility for acts of State officials acting *ultra vires*, it can be held that the State incurs responsibility on account of its specific request to the private individual or individuals to discharge a task on its behalf.

This must be distinguished from situations of individuals acting on behalf of a State without specific

¹⁴ Marco Sassoli-Antoine A. Bouvier: How does law protect in war?, International Committee of the Red Cross, Geneva 1999, 122-123 p

instructions, from that of individuals making up *an organised and hierarchically structured group*, such as a military unit or, in case of war or civil strife, armed bands of irregulars or rebels.

Clearly, an organised group differs from an individual in that it has a structure, a chain of command and a set of rules as well as symbols of authority. A member of the group does not generally act on his own, but instead conforms to the standards of the group and is subject to the authority of its leader. For the acts of such group to be attributed to the States, it is required that the group as a whole be under the overall control of the State. This kind of control over a military group and the fact that the State is held responsible for its acts done without or outside State instructions equates the group with State organs proper. Under the rules of State responsibility, as codified in Article 10 of the Draft on State Responsibility provisionally adopted by the International Law Commission, a State is internationally accountable for *ultra vires* acts or transactions of its organs. It incurs responsibility even if the acts committed by its agents were outside their mandate or even contrary to it. This was determined in United States-Mexico General Claims Commission in the *Youmans* case pertaining to State responsibility for acts of State military officials and has been reaffirmed as true for acts of organised groups over which a State exercises overall control by the ICTY in *Tadic*.

The ICTY cites numerous instances where the responsibility of States has been withheld even when the overall control of the State on a group, even not of a military nature such as the “revolutionary Komitehs of Iran’s revolution of 1979 in the *Kenneth P. Yeager* case, known as the Iran-United States Claims Tribunal (“Claims Tribunal”) and in the European Court of Human Rights case of *Loizidou v. Turkey*.

In the Iran-United States Claims Tribunal, the ICTY notes that even if the Provisional Government of Iran did not recognize as paramilitary or military units its “military Komitehs”, it did attribute to them the maintenance of law and order from January 1979 to months after February 1979 as government police forces rapidly lost control over the situation.¹⁵ The ICJ refuted this argument and stated that even if the Komitehs were not de jure organs of the State of Iran, they acted as de facto agent of that State and therefore responsibility for their actions can be attributed to Iran.¹⁶

In *Loizidou v. Turkey* (although the question was that of a possible control of a sovereign State over a State entity, rather than control by a State over armed), the European Court of Human Rights found that Turkey was responsible for the action of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) during the invasion and conflict that took place on the island of Cyprus. The Court did not deem necessary to ascertain if Turkish authorities had “detailed” control over the policies and actions of the TRNC. It was satisfied by the showing that local authorities were under the effective overall control of Turkey.¹⁷

This same approach is noted by the ICTY in *Jorgic*, prosecuted by the *Oberlandesgericht* of Düsseldorf. In its decision of 26 September 1997 concerning crimes committed in Bosnia and Herzegovina by Bosnian Serbs, the Court held that the Bosnian Serbs fighting against the central authorities of Sarajevo had acted on behalf of the FRY. The court emphasised that Belgrade financed, organised and equipped the Bosnian Serb army and paramilitary units and that there existed between the Yugoslav armed forces and the Bosnian Serbs “a close personal, organisational and logistical inter-

¹⁵ *Tadic*, supra, note 7 at <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/foot.htm#145>.

¹⁶ *Ibid*.

¹⁷ *Ibid*.

connection", deemed sufficient to deem the conflict as international.¹⁸

What can be observed from the ICTY's opinion in Tadic is that to attribute responsibility for the acts of a group to a State, one must show that the State wields *overall* control over the group: not just equipping and financing it, but also by coordinating its activities and/or helping its general planning of activity. Nonetheless, this does not mean that the State has to give clear and detailed instruction to the group to act contrary to the State's international obligations: the simple fact that the group is under the States overall control engages its responsibility if it commits acts that breach the State's obligations.

Still, courts have taken different approach where it concerns *individuals or groups not organised into military structures*. In such cases, courts have not considered sufficient the sole notion of "overall" control. In such instances, court insist upon specific instructions for the commission of specific acts, or have required public approval of those acts *ex post facto*.¹⁹

Therefore, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia believes that international rules do not always require the same degree of control over armed groups or private individuals for the purpose of determining whether an individual not having the status of a State official under internal legislation can be regarded as a *de facto* organ of the State.

The extent of State control varies. Where the issue is if a *single* private individual or a *group that is not militarily organised* has acted as a *de facto* State organ when performing a specific act, one must ascertain if specific instructions concerning the commission of that act has been given by the State.

Alternatively, it must be established if the act has been publicly endorsed or approved *ex post facto* by the State at issue. At the opposite, control by a State over subordinate *armed forces or militias or paramilitary units* may be of an overall character. This requirement, however, does not necessitate specific orders by the State. It is not necessary that the State to plan the operations of the group, choose their targets, or give specific instructions concerning the conduct operations and of any violations of international humanitarian law. The control required exists when a State (or, in an armed conflict, a Party to the conflict) *has a role in organising, coordinating or planning the military actions* of the group, in further addition to financing, training, equipping or providing operational support to it. Acts performed by the group or its members may be then be regarded as acts of *de facto* State organs even if no specific instruction by the State has been given.

International humanitarian law does not provide only for a *test of overall control* applying to armed groups and to *specific instructions* (or subsequent public approval) in relation to the application of State responsibility to single individuals or militarily unorganised groups. The ICTY adds that international law provides a *third test*, which assimilates individuals to State organs *on account of their actual behaviour within the structure of a State (and regardless of any possible requirement of State instructions)*. Such a test is best illustrated by reference to certain cases that deserve to be mentioned, if only briefly.²⁰

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Tadic case, <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>

II. Organized crime and international humanitarian law

As the question of individual or group action becomes subject to a third test of responsibility under international humanitarian law, its applicability in relation to organized crime becomes a fascinating question because of the intricate relation between the dealings of organized crime groups and its impact on world events, especially when considered in relation to its links with “narco-states” and global terrorisms. Just as the dealings of Sicilian organized crime group helped American forces during the invasion of Sicily because it was to the advantage of the Cosa Nostra²¹, today’s organised crime group mesh dangerously in matters of arms trade as in Bosnia during the embargo and in heroin trade in Afghanistan today.

But, some researchers proceed without having a definition of what is organized crime, which is a main problem. Evidently, without the knowledge of organized crime’s definition, it seems that terrorism equals with organized crime which can be trigger a huge misunderstood.

1.) Importance of organized crime definition – definition

Since the 1980s and 1990s, criminologists and criminal law experts have tried to agree in one definition but until now it have been unsuccessful. The danger of organized crime was recognised everywhere in the world in the 20th century.²² The meaning of this criminology phenomenon has some theoretical problems from two parts of the discussion. In the first part, criminologists and criminal law experts²³ want a clear definition of organized crime to avoid a misunderstanding. The second part approaches this definition by an inexact enumeration²⁴. The main problem with defining organized crime is that it has to find a large but exact definition which is also acceptable in trial as there is a requirement to prove the existence of organized crime, which is the most difficult criminal procedural problem of an such trial. This is why there was a serious discussion in this field between criminologists, criminal law experts, legislations, international organs²⁵.

Obviously, organized crime exists wherever State is not present.²⁶ This means that it can be a seriously organized criminal group (Cosa Nostra in Sicily, La Cosa Nostra in the USA, N’draghenta in Italy) or a simply street gang, both of these having the same main purpose: realising a financial or material profit. Evidently, organized crime groups benefit from the weakness of State, or in failing States such as African states where communities have been living in conflict or post-conflict situations, or in countries with economic transition which particularly vulnerable to drug and human trafficking and smuggling.²⁷ Other countries, in Latin American, African countries, Afghanistan, have all had a clearly established tradition of changing drug and cash for arms²⁸. In countries where there was an armed

²¹ John Dickie: Cosa Nostra- History of the Italian Maffia, 2004, 261-263 p.

²² During the alcohol prohibition in the United States, in the early XIX. Century and the early XX century in Italy.

²³ S.D. Porteous, Jean-Pierre Charbonneau, Margaret Bear

²⁴ Jay Livingston: Crime and Criminology, Prentice Hall. 1992, 265-267 p., James C. Hackler: Canadian Criminology, Prentice-Hall, 2000, 268 p. Rick Linden: Criminology, Harcourt Canada Ltd 2000, 430-432 p., Michael Maltz: Defining organized crime, 1994, 26. P.

²⁵ The FBI worked with his own definition from 1980, the Interpol worked too with its own definition from 1988.

²⁶ Then Italian judge Giovanni Falcone said in 1989.

²⁷ Report of the African Regional Preparatory Meeting for the Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, A/CONF.203/RPM.3, 4. P.

²⁸ Some researchers called this phenomenon “narco-terrorism” which is not really exact. Then we can see organized crime definition is not equal with terrorism because the purpose of terrorism is not the same as organized crimes’s. Evidently, the

conflict, organized crime activities are an obstacle to successful peace building as like as in the Balkan, Afghanistan, in West Africa.²⁹

Organized criminal groups are known to shift from a activity to activity, from commodity to commodity and among geographical locations, often on the basis of what in the business world would be called a cost-benefit analysis. Given this known characteristic, it would be futile to try and capture in a negotiated legal text everything that these groups are known to engage in at present or might decide it makes good business sense to carry out in the future.³⁰

Until now, just one international document handles its definition: in December 2000, the General Assembly of the United Nations accepted the *Convention against transnational organized crime*. Article 2 (a) of this convention define the criminal group: “organized criminal group shall mean a structured group³¹ of three or more persons, existing for period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes³² or offences established in accordance with this Convention, in order *to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit.*”³³

This new Convention should bring about a certain level of standardization in terms of offences as they are codified in national laws, as a prerequisite of international cooperation. Also, this definition has made a visible difference between organized crime group and terrorism which was interchangeably used as synonym contrary to the different meaning.

2.) Strict contact points between organized crime and international humanitarian law.

Due to organized crime groups’ incredibly large activities³⁴, staying focussed on a strict relation with international humanitarian law is a very difficult enterprise as it is fraught with failing within the realm of national legislation and not of international humanitarian law or even solely international law *per se*.

a.) The phenomenon of street-gangs – applicability of international humanitarian law

Since urbanization is growing, more and more street-gangs’ activities and negative influences trigger a security problem in cities. How can street-gangs connect with the application of international humanitarian law? Evidently, there is some similarity between armed group and street-gangs. For example, in four of the countries covered by a study, groups define themselves ethnically or via clan

definition of terrorism does not yet exist in international level, perhaps this is the main reason why some researchers who are not expert from organized crime, can mix these two definitions.

²⁹ Then director Dr. Winrich Kühne said in the 7th International Berlin Workshop, December 11-13, 2003. Strengthening the Rule of Law in Kosovo and Bosnia and Herzegovina The Contribution of International Judges and Prosecutors by Almut Schröder, Analysis 2004-2005.3,5,6 p. http://www.zif-berlin.org/Downloads/Almut_11.04.05.pdf

³⁰ Dimitri Vlassis: the United Nations convention against organized crime and its protocols: a new arena in international cooperation, *The Changing face international criminal. The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy* 2002 93 p.

³¹ “Structured group” shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure; (Article 2 (c) of the UN. convention against transnational organized crime)

³² “Serious crime” shall mean conduct constituting an offence punishable by a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty; (Article 2 (b) of the UN. convention against transnational organized crime)

³³ UN General Assembly Resolution 55/25

³⁴ Some of the most important activities: money laundering, smuggling, corruption, drug-,human- and arms trafficking.

allegiance.³⁵

Also, rather militarised hierarchy with a ranking system, formally organised, well equipped with arms, corporate structure, and informal horizontal structure that may have decentralised local branches, many groups investigated have rules upheld by physical punishments, including death, structural links to imprisoned leaders recruitment between children.³⁶ Furthermore, they often have identifying insignias and symbols which would answer to the definition of the Geneva Conventions.

However, and contrary to these similarities, the application of international humanitarian law is defined by the Geneva Conventions, its protocols as it is mentioned above in the first part of this essay. Thus, to apply the international humanitarian law there needs to be either an international armed conflict or a non international armed conflict. In the instance of an international armed conflict, this must be between High Contracting Parties, which organized crime groups are not, or Parties recognised as such unilaterally. A conflict between rival gangs clearly does not answer to these rules for the application of humanitarian law³⁷. Evidently, if the application does not work, youth gangs' soldiers cannot benefit from the protection of the Geneva Conventions either but they can benefit only from human rights and the charity of other gang.

Where the question might be more fundamental is when organized criminal group are so large and powerful as to contest the legitimacy of the State, such as had almost been the situation in the prisons of Colombia, Honduras and El Salvador. In the latest instances, gangs have rampaged cities for days on end with the risk of provoking social and political strife in these countries.

In such cases, one might be tempted to think that the minimal provisions contained in Article 3 common to the Geneva Conventions could be applicable since the groups appear to undertake an armed conflict against the State, participating directly in hostilities and therefore perhaps benefit from the minimal provisions of international humanitarian law if characteristics of armed conflict in the sense of the Geneva Conventions could be found.

This is a misconception: in order for Article 3 of the Geneva Convention to be applicable, a conflict must exist and be recognized as existing by the State concerned. Before the intensity of the conflict becomes such as to have the State recognize the existence of an armed conflict, the State must lose effective control over an area large enough to permit to "rebels" to conduct operations in a sustained and concerted manner. Until such time, any act of violence committed by members of such a group remains in the realm of national legislation and not subject to international humanitarian law. Therefore, until the *ratione temporis* and *ratione loci* forcing the State to admit to the existence of a non-international armed conflict come into play, there is no applicability of humanitarian law to organized crime groups.

b.) Organized crime and direct participation in hostilities

But, as known well organized crime groups often take their activities in conflict zone, they very often make business with terrorist or rebellion groups³⁸. Related to this criminal connection which is

³⁵ Luke Dowdney: Neither war nor peace, 33 p. <http://www.coav.org.br/publique/media/NewAll.pdf>

³⁶ Luke Dowdney: Neither war nor peace, 34-35 p. <http://www.coav.org.br/publique/media/NewAll.pdf>

³⁷ Louis-Philippe F. Rouillard: The Enlargement of Human Rights in "Situations of Exceptions", *Miskolc Journal of International Law*, 16 p. Volume 4. (2007) NO. 1. PP. 39-94.

³⁸ Then in Columbia, in Turkey, in Afghanistan.

frequently changing arms to drugs, this connection can be a “direct participation in hostilities”?

Participation in hostilities is a crucial element of humanitarian law at several levels since it determines the status of individuals as a combatant, as prisoner of war, or as losing the protected status which comes from the civilian status.

The commentary of Article 51 (3) of the Additional Protocol I suggests that there should be a clear distinction between *direct participation in hostilities* and *participation in the war effort*. The latter is often required from the population as a whole to various degrees. Without such a distinction the efforts made to reaffirm and develop international humanitarian law could become meaningless. In fact, in modern conflicts, many activities of the nation contribute to the conduct of hostilities, directly or indirectly; even the morale of the population plays a role in this context.³⁹

The commentary of Article 43 (2) of the Additional Protocol I (1977) states that direct participation in hostilities implies a ***direct causal relationship between the activity engaged in and the harm done to the enemy at the time and the place where the activity takes place***. However, it would be desirable for the various Parties to a conflict to inform each other completely regarding the composition of their respective armed forces, even if this were only done through the communication of the laws and regulations which they have had to adopt to ensure compliance with the Protocol, as provided in Article 84.⁴⁰ The Commentary on AP II reads, “the notion of direct participation in hostilities implies that there is a sufficient causal relationship between the act of participation and its immediate consequences”.⁴¹

As a result, the meaning of direct participation in hostilities clearly does not relate to general, classical, criminal activities which indicate that without effective contribution between the activities engaged in and the harm done, it is not a direct participation in hostilities: “condition *sine aqua non*”.

³⁹ Commentary of AP I, 618 p. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/5e5142b6ba102b45c12563cd00434741?OpenDocument>

⁴⁰ Commentary of The First Additional Protocol, 515 p. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/5e5142b6ba102b45c12563cd00434741?OpenDocument>

⁴¹ Jean Francois Quéguiner: Direct participation in hostilities under international humanitarian law. University of Harvard 2003, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3297.pdf>

Conclusion

After this short analysis we can underline despite of similarities between organized crime groups and armed group participating in armed conflict in the sense of international humanitarian law that the international humanitarian law's applicability is not related strictly to organized crime groups. Subsequently it has to be carefully examined in which situation would be applied international law and if it is not applicable, it has to be focus on human rights and national criminal law.

Bibliography

Commentary of AP I. 618 p. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/5e5142b6ba102b45c12563cd00434741?OpenDocument>

Commentary of The First Additional Protocol, 515 p.
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/5e5142b6ba102b45c12563cd00434741?OpenDocument>

Dimitri Vlassis: the United Nation convention against organized crime and its protocols: a New area in international cooperation, *The Changing face international criminal. The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy* 2002 93 p.

Freedom from fear in urban spaces, discussion paper – Human security research and outreach program –Foreign affaires Canada, http://humansecuritycities.org/sites/hscities/files/Freedom_From_Fear_in_Urban_Spaces_Discussion_Paper_English.pdf

James C. Hackler: *Canadian Criminology*, Prentice-Hall, 2000, 268 p.

Jay Livingston: *Crime and Criminology*, Prentice Hall. 1992, 265-267 p.,

Jean Francois Quéguiner: Direct participation in hostilities under international humanitarian law. University of Harvard 2003, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3297.pdf>

John Dickie: *Cosa Nostra- History of the Italian Maffia*, 2004, 261-263 p.

Louis-Philippe F. Rouillard: The Enlargement of Human Rights in “Situations of Exceptions”, *Miskolc Journal of International Law*, 16 p. Volume 4. (2007) NO. 1. PP. 39-94.

Luke Dowdney: Neither war nor peace, 33 p. <http://www.coav.org.br/publique/media/NewAll.pdf>

Marco Sassoli-Antoine A. Bouvier: How does law protect in war?, *International Committee of the Red Cross*, Geneva 1999, 118-120 p.

Michael Maltz: *Defining organized crime*, 1994, 26. P.

Prosecutor v. Dusko Tadic, (1999), Case n° IT-94-1-AR72, (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeal Chamber), available at <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/main.htm>.

René Provost: *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press 2002, 153. p.

Report of the African Regional Preparatory Meeting for the Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, A/CONF.203/RPM.3, 4. P.

Rick Linden: *Criminology*, Harcourt Canada Ltd 2000, 430-432 p.,

Strengthening the Rule of Law in Kosovo and Bosnia and Herzegovina The Contribution of International Judges and Prosecutors by Almut Schröder, *Analysis* 2004-2005.3,5,6 p. http://www.zif-berlin.org/Downloads/Almut_11.04.05.pdf

The 1929 Geneva Convention on Prisoners of War

The Geneva Conventions and Protocols

The UN. convention against transnational organized crime

UN Generale Assembly Resolution 55/25

LE JUS GENTIUM

DR. LOUIS-PHILIPPE F. ROUILLARD

Le droit international public recèle de plusieurs notions et thèses controversées ou partiellement expliquées. Les débats qu'elles engagent sont évidemment la base du développement de ce droit, le faisant progresser pas à pas.

Parmi ces notions, le concept de *jus gentium* demeure l'un des plus difficile à circonscrire. Pourtant, la compréhension de sa place dans le domaine international, particulièrement au niveau des normes de protection des droits de la personne, pourrait se révéler un atout majeur. L'un des meilleurs exemples en serait la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*¹. En effet, celle-ci énonce à ses articles 60 et 61 la juridiction de la *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* de puiser dans la source la plus appropriée les sources de droit². Les principes généraux de droit reconnus et la coutume font donc partie intégrante de ces sources. Or, la question des sources pour former un *corpus* de droit international stable et défini implique de définir ces sources et leur portée. Ce *corpus* visé est aujourd'hui appelé *corpus juris gentium* ; soit le *corpus* juridique du droit des gens³. Toutefois, ce *corpus* juridique n'est pas aujourd'hui ce qu'il a été précédemment.

En effet, la multiplicité des acteurs internationaux et l'accélération des communications par le développement technologique ont fortement influencé son processus d'élaboration normatif et d'implémentation⁴. D'une discipline historique descriptive, le *jus gentium* s'est développé en une discipline analytique de la pratique des États entre eux. Cette transformation est en fait celle du *jus gentium* en un *jus inter gentes*. Ce dernier retient malgré tout l'appellation initiale. Ceci porte à confusion dans la portée de son contenu et les sources de son développement historique et légal.

C'est pourquoi la présente recherche vise à exposer le contenu de ce concept légal. Dans ce but, il sera d'abord examinée la notion en droit romain au travers de l'observation parallèle de la gloire et du déclin du monde romain. Cette portion vise à déterminer le contenu initial et la portée du concept de *jus gentium*. Ensuite, il sera analysé son développement au moyen-âge pour déterminer son influence dans le droit, européen surtout, mais aussi canonique pour comprendre son influence sur le développement de cette notion dans un *jus inter gentes*. Finalement, il sera étudié le développement de cette notion depuis la renaissance avec l'objectif de déterminer sa pertinence aujourd'hui.

¹ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. (1982) 58 (Entré en vigueur le 21 octobre 1986).

² *Ibid.* article 60 : « La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte. »; et article 61 : « La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine. ». [Nous soulignons.]

³ Conseil canadien de droit international, *Le droit international et le développement*, XV^e congrès annuel, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 16 au 18 octobre 1986 [non-publié].

⁴ Dont le rythme de développement; Voir *Plateau continental de la mer du nord (R.F.A. c. Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 3 et *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86.

Avant d'entreprendre le premier examen, soit celui de la notion romaine, il est important de mentionner les sources utilisées pour cette recherche. Dans l'ensemble, il n'existe qu'un nombre très limité de sources premières sur le *jus gentium* romain à proprement parler. Ces sources sont des fragments retrouvés au fil des siècles, consistant en des recueils regroupant les pensées de plusieurs jurisconsultes dans une suite qui devait se révéler continue. Or, ces sources sont plutôt déroutantes car elles exposent des interprétations diamétralement opposées comme si elles s'inscrivaient dans la même suite d'idées. Ces sources ayant été épuisées par plusieurs auteurs, cette recherche ne discutera donc de ces sources qu'au travers de sources secondaires. Ces dernières sont tout aussi déroutantes en ce qu'elles interprètent non seulement le concept original dans des manières aussi différentes qu'il y a de commentateurs, mais aussi parce qu'elles associent rapidement le concept de *jus gentium* à celui de justice ou de morale, en écartant passablement celle de droit. De plus, elles déterminent l'empire de ce concept d'une façon de plus en plus large, nécessitant un examen circonspect de chaque définition proposée. Ces sources sont disponibles en parties aux bibliothèques de l'Université d'Ottawa, mais d'autres plus anciennes ne le sont qu'à la bibliothèque nationale du Canada.

Pour ce qui est de la terminologie, l'auteur se doit d'avouer que son latin s'est grandement amélioré au long de la recherche et de la rédaction de cette recherche. Pour cette raison, le terme *ius* a été conservé pour tous les droits romains qui sont issus de son développement, à l'exception du *jus gentium*. Ce dernier étant l'objet des recherches présentées ici sous un angle évolutif et moderne, l'appellation *jus* a été choisie même si elle peut être présentée de l'une ou l'autre des façons.

Finalement, il se doit d'être mentionné que cette recherche sur un concept précis, mais dont la compréhension par les auteurs est pour sa part imprécise, s'inscrit dans le cadre plus large du programme de maîtrise de droit avec concentration en droit de la personne. C'est pourquoi il sera tenté, autant que faire se peut, de lier cette notion à celles de l'élargissement du droit de la personne.

LA NOTION EN DROIT ROMAIN SOUS LES DIFFÉRENTS RÉGIMES

Pour comprendre le contenu et la portée du *jus gentium*, il ne peut y avoir d'analyse juridique sans faire un lien avec l'évolution historique du monde romain. La dialectique première du monde romain est celle de liens étroits ou lointains entre différents peuples. Elle est le caractère premier qui influence le développement du *jus gentium* et doit se comprendre comme en étant le cœur. Il faut donc *a priori* comprendre ce qu'est Rome.

Les origines de Rome continuent de poser plusieurs problèmes. Néanmoins, faute d'autres sources, nous accepterons la version des historiens romains, selon qui le Latium était occupé au VIII^e et VII^e siècle avant Jésus-Christ par un ensemble de populations relativement unies par des langues et une organisation commune sur la base de groupes semi-autonome nommés *gentes* avec un roi comme pouvoir politique. Ce principat est la première forme de gouvernement que la région de Rome, soit une région des sept collines habitées au bord de la rivière Tibre et supposément fondée dans la légende par Rémus et Romulus. Certain fixe comme date exacte d'établissement 753 av. J.C. et considère que l'ensemble du monde romain poursuit son existence jusqu'en 565 ap. J.C., mort de Justinien, puisque cet événement signale l'arrêt du développement du droit romain⁵. Cette organisation fédérative lâche mène à l'unité définitive sous la conquête étrusque que l'on situe à environs 575 av. J.C. Le roi y est étrusque mais de toute évidence bien disposé face à la population locale, Rome prospérant dans une demi-sujétion⁶.

Ce régime prend fin en 509 av. J.C., alors que l'Empire étrusque, affaibli de l'intérieur dès le VI^e siècle, libère de son emprise une multitude de cités du *Latium*, d'Étrurie et d'Ombrie. Le départ de la classe prédominante profite aux *gentes* de Rome, qui deviennent ainsi les patriciens, soit les vieilles *gentes*

⁵ J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 3^e édition, Paris, Montchrétien, 1991, 489 à la p. 115.

⁶ R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, Éd. Albin Michel, 1977, 633 à la p.18.

responsables et bénéficiaires de l'organisation sociale nouvelle qui deviennent l'aristocratie romaine. Ceci laisse pour compte la classe artisanale étrangère immigrée à Rome du temps de sa première prospérité ainsi que les membres de *gentes* en voie d'extinction, les esclaves affranchis, bref les éléments disparates qui sont regroupés sous la dénomination de plèbe. Cette réorganisation sociale est la base de la République, où la plèbe se voit dès lors opposée au patriciat du fait de leurs intérêts différents. En fait, le vide étrusque provoque dès les environs de 480 av. JC un malaise économique qui se poursuit à divers degrés tout au long du V^e siècle. Cette situation devient évidemment un terrain favorable au mécontentement⁷. La plèbe se voit donc grevée des charges du citoyen, et dispose en effet des droits de citoyenneté, mais son statut en fait des citoyens de deuxième classe. Alors que les *gentes* du patriciat partagent en commun avec la plèbe le *ius civitatis*, donc la personnalité juridique attachée au droit de citoyenneté le *civis Romanus*. Ce droit de citoyenneté résultait en plusieurs droits à l'accession au titre et à l'électorat (*ius suffragii*) ainsi que l'éligibilité (*ius honorum*). Par définition, les citoyens romains ont le droit d'épouser des personnes romaines (*conubium*), d'effectuer des actes juridiques (*commercium*) et d'introduire des actes d'instances juridiques selon la procédure de la *legis actio*⁸. Les patriciens profitaient aussi du culte de la cité, ce dont ne jouissait pas la plèbe. Ceci coupait l'accès de la plèbe à certains actes juridiques à fondement religieux⁹. Cette incapacité est fondamentale dans le statut juridique car le droit romain différencie le droit divin (*fas*) du droit humain (*ius*). Le seul progrès véritable pour la plèbe sont la divulgation des formules d'actions et peut-être du calendrier judiciaire en 504 av. JC. jusqu'alors jalousement gardé par les pontifes qui en avait le secret¹⁰.

Au sein de cette République, le patriciat laissait ouvert à la plèbe le droit de servir dans les centuries et de participer aux assemblées délibérantes, mais lui refusait les postes d'exécution et la magistrature. Cette situation ne pouvait évidemment pas durer longtemps et dès 494 av. JC. la plèbe obtint par une sécession sur le Mont Sacré une assemblée délibérante qui lui était propre, ainsi que ses magistrats, édiles et tribuns. Toutefois, cette réforme menait à une instabilité permanente puisque les tribuns pouvaient s'opposer à la décision des magistrats du fait de leur inviolabilité. Au travers de cette guerre froide, la progression de la plèbe comme force sociale demeure très lente. Même si la loi des XII Tables de 451 av. JC. tente de rétablir la paix sociale, elle légalise l'interdiction des mariages entre plébéiens et patriciens. Ce n'est qu'après une longue obstination d'un tribun de la plèbe, Canuleius, que la *lex Canuleia* accorde finalement en 445 av. JC. le mariage mixte. Ceci facilitera la fusion des deux entités et la conquête des droits politiques et religieux. Ainsi, la magistrature secondaire se voit ouverte aux plébéiens en 421 av. JC. L'opposition des patriciens demeure malgré tout et si des concessions sont faites, des mesures dilatoires sont employées fréquemment pour en retarder l'implémentation. Ce système devint encore plus difficile avec la participation des plébéiens au gouvernement en tant que magistrats de la cité du fait de la loi Licinienne de 367 av. JC.¹¹ La voie du sénat se trace doucement. De ce fait, la plèbe perça progressivement au consulat, dernier bastion patricien, pour y accéder finalement en 337 av. JC. Seuls les pouvoirs liés aux sacerdoxes demeuraient une chasse gardée patricienne et celle-ci concède finalement la majorité de ces pouvoirs en 300 av. JC., même si ce n'est qu'en 254 av. JC. que l'on voit apparaître un plébéien au grand pontificat. Parallèlement à cette conquête de l'intérieur social, la République part à la conquête de l'intérieur du *Latium*, de l'Italie et du bassin Méditerranéen. Il n'est pas nécessaire de reprendre chacune des campagnes et conquête et chaque traité fait par Rome. Il est par contre important de comprendre que

⁷ Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 138.

⁸ Villers, *supra* note 6 à la p. 33.

⁹ Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 139. Il est toutefois important de mentionner que la plèbe est un amalgame extrêmement difficile à cerner avec précision. Comme il le mentionne dans sa note de bas de page 4 à la p. 138, certains auteurs vont jusqu'à dire « La plèbe est introuvable et il serait vain d'en rechercher les origines. ». De même, leur droit de citoyenneté est aussi contesté et certains auteurs affirment que la plèbe a été incorporée dans l'armée sous l'Empire étrusque où ils forment la masse sans droit de citoyenneté, qu'ils soient de nature civile ou politique. Bien qu'ils acquièrent le *conubium* sous la loi Canuleia et le *commercium* sous l'empire de la loi des XII Tables, ils ne deviennent citoyens qu'en 367 av. JC.

¹⁰ Villers, *supra* note 6 à la p. 21. Présumément par la prise de note du scribe Flavius qui les rendit publique.

¹¹ *Ibid.* à la p. 19.

ce développement débutant dès 496 av. JC. et qui prend fin, en ce qui concerne la République, en 31 av. JC avec la conquête de l'Égypte par la victoire d'Octave à Actium¹².

Pendant cette période de croissance, plusieurs régime juridique distinct sont créés sur une base territoriale, soit les *municipes*, les colonies latines, les colonies romaines et les préfectures. Ainsi, les *municipes* ont une administration autonome, incluant les magistrats locaux. La justice dépend du *Praetor Urbanus* ou *Urbis*, le préteur romain qui est représenté par des *praefecturi jure dicendo*. Les habitants ont le droit de cité romain complet (*civis optimo jure*) ou les droits civils latins seulement, ce qui dépend largement du statut de cette *municipe* par rapport à Rome, suivant que ce traité ait été fait entre égaux en temps de paix et témoigne de l'alliance et de l'amitié (*foedus aequum*) ou lorsque défaite par Rome, auquel cas il n'existe pas d'égalité (*foedus iniquum*). Dans ce dernier cas, les Latins peuvent au mieux espérer inclure la reconnaissance du droit privé local, le *jus perigrinus*. Puisque la défaite inclut le *editio in fidem*, le peuple latin conquis se soumet au bon vouloir du peuple romain. Il est donc entendu que ces droits sont *civitis sine suffragio*¹³. Quant aux colonies latines, elles servent de lieu de peuplement d'environ 2500 âmes chacune et sont évidemment associées au même statut que les *municipes* latines¹⁴. Toutefois, il est possible pour ces Latins d'acquérir la citoyenneté romaine par le biais du *ius migrandi*, qui stipule que par le fait de porter son domicile à Rome, un citoyen latin devient romain, suivant les règles ancienne de la Ligue latine¹⁵. Quant aux colonies romaines, elles apparaissent vers 150 av. JC. et compte environ 300 habitants par commune qui disposent de tous les droits civils romains. Finalement, les préfectures sont des régions soumises à l'autorité d'un préfet qui réunit en une seule personne tous les droits civils, militaires et politiques. Aucun magistrat local ni droit d'aucune nature n'est accordé à ces habitants.

Il résulte donc de ces classements différents des statuts juridiques différents, auxquels il faut ajouter la concession individuelle de citoyenneté aux alliés (*socii*) pour services rendus comme auxiliaires de légion (*auxilia*), la collation du droit de cité qui accroît le bassin de citoyens latins ou romains ainsi que la question des étrangers. En effet, toute conquête devient peu à peu romanisée et gouvernée par un préteur muni de l'imperium, le laissant tout puissant dans les limites de la *lex provinciae*, plus ou moins une charte provinciale accordée par le Sénat. De cette romanisation, le droit de citoyenneté est accordé à tous les italiens en 88 av. JC¹⁶.

Toutefois, du fait de l'agrandissement du territoire romain surgit l'expansion de la population et avec cette dernière l'expansion du commerce. De 337 av. JC. et pour un peu plus d'un siècle après, les litiges entre citoyens étaient réglés par le préteur romain, qui avait une juridiction sur la province de la cité, la cité s'entendant comme les statut juridique de l'individu. Il s'agit donc d'un droit *intuitu personae*. Progressivement, il devient évident que le préteur romain ne peut plus couvrir seul l'ensemble des litiges. De plus, il ne peut le faire que dans le cas de litiges concernant des citoyens romains ou latins ayant les *ius civitatis*. C'est pourquoi il est créé en 247 av. JC. la désignation d'un second préteur : le préteur pérégrin. Celui-ci avait la charge de régler les litiges entre les étrangers et les citoyens, puis entre les étrangers eux-mêmes¹⁷.

Le terme pérégrin vise le *jus perigrinus*, c'est-à-dire le droit applicable aux étrangers, dont le fond est le plus souvent les coutumes et les lois des peuplades vaincues¹⁸. Les pérégrins sont difficiles à définir. Il

¹² Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 143.

¹³ C. Belleau, *Rome et les étrangers*, travail universitaire, Faculté des Arts, Université d'Ottawa, 1992, 14 à la p. 3.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 4. Entre 338 av. JC. et la 2^e guerre punique, 23 de ces colonies comptaient 80 000 habitants.

¹⁵ Villers, *supra* note 6 à la p. 34. Il est à noter que le *ius migrandi* sera révoqué en partie par la loi *Claudia* en 177 av. JC en obligeant de laisser un fils dans la ville d'origine, puis complètement en 95 av. JC par la loi *Licina Mucia*. Voir J. Gaudemet, *Le droit privé romain*, Paris, Librairie Armand Colin, 1974, 416 à la p. 55.

¹⁶ Belleau, *supra* note 13 à la p. 5.

¹⁷ W.A. Hunter, *Roman Law*, 4^{ème} éd., Holmes Beach (Fl.), W.M.W. Gaunt & Sons, 1992, 1122 à la p. 35.

¹⁸ J. Déclareuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La Renaissance du Livre, 1924, 452 à la p. 62.

s'agit principalement des étrangers n'ayant pas de statut juridique reconnu du fait qu'ils sont ressortissants d'une puissance n'ayant pas conclu de traité avec Rome. Ils n'ont pas de personnalité juridique en soi et pour cette raison leur statut est celle de *res*, une chose, qui peut être acquise. Les premiers auxquels cette notion s'est appliquée sont les membres de la confédération latine avant sa subjection par Rome. De fait, dans cette confédération il faut d'abord différencier les *latini fundi*, soit les peuples libres mais qui n'ont pas ou ont dans une mesure restreinte le droit de cité. Ensuite, on doit considérer les *latini veteres*, ceux qui sont restés fidèles à Rome, qui possèdent le droit de citoyenneté. Il ne faut pas les associer aux Latins coloniaux, *latini colonarii*, qui eux sont parfois des romains d'origine, mais qui ne disposent pas de droits politiques. Finalement, y sont associés les *latini juniani*, soit les esclaves affranchis mais qui tombait sous le coup de la loi *Julia norbana*, qui stipulait que les affranchis n'acquerraient pas les pleins droits de citoyenneté romain, mais plutôt vivaient dans des conditions juridiques similaires aux *latini colonarii*¹⁹. Puisqu'ils n'ont pas la personnalité juridique, mais qu'il faut bien interagir avec eux pour le commerce, un système de droit parallèle au *ius civitatis* se crée : le *jus gentium*.

Alors que le *ius civitatis* permet l'usage du *ius honorarium*, comprenant le *ius praetorium* (le droit basé sur les édits des prêteurs autant *civile* (de la cité) que *gentile* (étranger)) et le *ius oedilicium* (le droit basé sur l'autorité de ceux disposant de postes de hauts honneurs, les magistrats), que comprend le *jus gentium* ? Hunter offre d'abord deux distinctions du *jus gentium*. D'abord, il s'agit des principes du bien et du mal contenus dans les lois de tous les peuples ou toutes sociétés politiquement constituées. Ensuite, il s'agit du résultat pratique d'une nécessité imposée par les circonstances pour régler les litiges entre citoyens et étrangers, puis entre étrangers. Pour cette raison, il affirme que le *jus gentium* est à l'origine non pas un droit naturel, mais bien un droit positif créé par les hommes dans le but de régler des litiges humains. En effet, il affirme :

« *Jus gentium, accordingly, is not a collection of rules common to the law of all political societies of men, but a collection of rules governing the intercourse of Roman citizens with members of all foreign nations reduced to subjection to Rome. Gradually precepts of the jus gentium were transferred to regulate mutual intercourse of citizens by means of two agencies – the edicts of the praetor and the writing of jurists.* »²⁰.

Une troisième source possible qu'il énonce sont les instructions du *judex* qui se gouverne en utilisant les principes d'équité et de ce qui est bon (*oequum* et *bonum*). Malgré tout, il est clair qu'il considère que le *jus gentium* est en soi un système de droit positif, mais que ce sont les interprétations subséquentes qui brouilleront ces origines pour l'associer à un droit naturel²¹. Ces pratiques sont malgré tout une création romaine et ne valait que comme institution imposée ou tolérée par Rome²². De plus, le transfert de ces notions du droit *gentile* au droit *civile* s'est fait progressivement par l'incorporation des édits des prêteurs pérégrins dans le *ius honorarium* des prêteurs romains. Il appuie son argumentation en affirmant que le *ius honorarium*, soit les édits des prêteurs, était l'organe par lequel le droit romain recevait ses principes et que la source principale de ces principes est en fait le *jus gentium*²³. Une fonte du *jus gentium* au sein même du droit romain a fait en sorte que les principes énumérés dans l'un et l'autre de ces droits deviennent les mêmes.

Si tel est le cas, comment expliquer que le *jus gentium* s'est vu scindé en un droit positif régissant l'interaction des individus à celui d'un droit naturel qui régit la conduite des États entre eux, plus apte à être nommé *jus inter gentes*, que l'on appelle respectivement *jus gentium primum* et *jus gentium secundarium* ? De l'opinion de toutes les sources, cette distinction entre un droit des gens primaire et un droit des gens secondaire existe dès l'antiquité, mais ne se réalise clairement qu'au X^e siècle sous

¹⁹ C.H. Giraud, *Histoire de droit romain*, Paris, Videcocq, 1841, 512 à la p. 98.

²⁰ Hunter, *supra* note 17 à la p. 36.

²¹ *Ibid.*

²² Déclaireuil, *supra* note 18 à la p. 31.

²³ *Ibid.* à la p. 36.

l'influence de deux sources de droit : d'un côté un groupe de textes romains et de l'autre d'un groupe correspondant de canons²⁴. Ce n'est donc pas la notion romaine qui est la source du droit international moderne que nous connaissons, mais bien les différentes médiations de son sens premier par les scolastiques qui ont abouti avec Hugo Grotius à une vision holistique des relations internationales inter-étatiques, plutôt qu'interpersonnelle, sous une ombrelle juridique. Ces médiations sont dues en grande partie à l'influence religieuse de la chrétienté dans l'Empire, mais aussi et surtout pas l'interprétation qu'en font des juristes romains dans les textes qui ont survécus. C'est que la transformation de cette notion est comparable en deux temps d'une symphonie discordante.

Dans un premier temps, les instruments romains sont sources de controverses. En effet, un an après son accession au trône d'Empereur, le 13 février 528, Justinien nomme une commission de dix membres en vue de remettre à jour les recueils de *leges*, extirpant les dispositions désuètes et ajoutant les nouvelles parues depuis le code théodosien. Publié le 7 avril 529, il n'a pas survécu jusqu'à nous²⁵.

L'année suivante, le 5 décembre 530, il trace dans la constitution *Deo auctore* le plan de sa nouvelle compilation : le *Digeste*, basé sur le plan des *Digesta* anciens aussi nommés *Pandectes*. Justinien crée seize commissions pour dépouiller 1625 livres d'approximativement 3 000 lignes chacune et les remanier à partir de fragments les plus intéressants²⁶. Or, c'est cette méthode qui, si justifiée vue l'immensité des textes sûrement contradictoires et répétitifs, porte à une première confusion avec deux définitions du *jus gentium* offertes à son titre initial. L'une provient de Gaïus alors que l'autre vient d'Ulpien²⁷.

Gaïus oppose deux catégories de normes, le *ius gentium* et le *ius civile*. Dès le départ, la définition de Gaïus crée une perception : qu'il existe un droit propre à l'État et créé par lui, puis un autre commun à tous les humains qui est observé partout de manière égale par eux, malgré que ceux-ci soit étranger à sa formation. Il invoque donc l'idée que ces humains ne font que suivre les injonctions d'un principe supérieur, la *naturalis ratio*²⁸. De ce fait, il substitue au sens premier de la notion de *jus gentium* pour celle d'un droit qui se serait révélé de la raison naturelle²⁹. Ce faisant, il transfère la notion philosophique stoïciste d'une raison universelle dans le cadre de la jurisprudence romaine. Il résulte de cette compréhension une opposition du *jus gentium* au *ius civile*, alors qu'en réalité la véritable opposition à faire est celle de l'ancien droit de la cité du *ius civile* par rapport au droit nouveau du *ius honorarium*. En effet, ce dernier comprend le *ius pretorium* qui correspond en large partie au *jus gentium*, d'où la véritable opposition entre le droit véritablement romain du *ius civile* et le droit métissé du *ius honorarium*³⁰. Dans une interprétation stricte d'une telle définition, on peut dire que l'on retrouve le *ius civile* à Rome et nulle part ailleurs, alors que l'on retrouve le *jus gentium* à Rome et partout ailleurs. Pour Gaïus, le *jus gentium* est à la fois un droit commun à l'humanité, non-écrit et naturel. Il prend l'idée de base de la conception d'Aristote de l'univers où il existe une optique dialectique physique et éthique de l'univers. Il poursuit donc dans la même lignée que Cicero avec cette vision d'une loi naturelle écrite des âges avant l'existence de toute loi écrite ou d'État. Ce droit découlant du droit naturel présenterait ainsi une force juridique qui donnerait un statut civil à tout individu en tant que membre de la communauté mondiale dans son ensemble. Évidemment, ceci ne semble pas s'être appliqué aux esclaves, mais ils n'en demeurent pas moins que les fondations d'un droit universel est reconnu³¹. Dans cette conception morale et

²⁴ P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 682 à la p. 313. Il est à remarquer que cette œuvre est probablement l'étude la plus exhaustive qui soit sur le sujet.

²⁵ Villers, *supra* note 6 à la p. 130.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 314.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Déclareuil, *supra* note 18 à la p. 31.

³⁰ Hunter, *supra* note 17 à la p. 118.

³¹ P.G. Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998 398 à la p. 13.

juridique de l'univers, l'un se confondant dans l'autre, le *jus gentium* serait en fait le *ius naturale* mais exprimé dans un usage populaire et pseudo-philosophique qui a pu par la suite suggérer une validité issue d'un ordre supérieur. Ce droit serait pour Gaius immuable et reposerait en partie sur la raison et en partie sur l'étude de ce qui est observé du consentement de tous³².

À cette conception on doit ajouter celle d'Ulpien qui semble d'abord vouloir clarifier ce choix de terme *jus gentium* en le disant applicable aux humains seulement, mais à tous les humains sauf les esclaves, alors que le *ius naturale* s'appliquerait aux hommes comme aux bêtes³³. Or, le choix de sa description par la manumission, soit l'affranchissement est problématique car il repose d'après les juristes romains dans le domaine du *ius civile*. De plus, il indique qu'Ulpien ne voyait pas le *jus gentium* comme le fruit d'un principe supérieur, mais bien comme issu de la volonté humaine, ce qui en fait un droit positif³⁴. Cette intention semble ressortir du fragment suivant d'Hermogénien qui, au sein d'institution de droit privé de Ulpien, intercale des notions que nous associons aujourd'hui au droit international public, soit la guerre, la séparation des peuples et les fondation du pouvoir politique. Cette compilation fragmentaire est donc un des facteurs d'interprétation du *jus gentium* en *jus inter gentium*. Or, cette interprétation ne rencontre pas la discussion de Gaius et d'Ulpien qui visent de toute évidence les relations *inter homines* et non pas *inter gentes* ou *populi*. Le *jus gentium* de ces auteurs ont les hommes libres comme sujets de droit, alors que le *ius civile* a non seulement comme critère le besoin de qualification de *libertas*, mais aussi la disposition du *status civitatis*³⁵. Ceci est donc l'imbroglio qui résulte de la méthodologie du *Digeste* de Justinien lors de sa publication le 30 décembre 533³⁶.

Or, la question d'interprétation se poursuit avec une autre publication sous Justinien, soit les *Institutes* impériales. Titrées *De iure naturali et gentium et civili*, elles se composent de trois textes dont les deux premiers reprennent mots pour mots ceux de Gaius et d'Ulpien. Le troisième serait de Marcien.

Toutefois, on y garde seulement la définition du *ius naturale* d'Ulpien pour l'associer à celles de *jus gentium* et de *ius civile* de Gaius. Le résultat est discordant vu le raisonnement distinct de ces deux auteurs. Mais, alors que l'on croit résoudre le problème du naturalisme ou du positivisme du *jus gentium* en écartant le positivisme d'Ulpien, Marcien recrée le débat en associant la création du *jus gentium* au besoin spécifiques des humains résultants des contacts belliqueux ou commerciaux³⁷. Puisque le *jus gentium* serait né de la guerre et que celle-ci est la condition première responsable de l'inégalité entre les hommes, il assigne la guerre au *jus gentium*, puisque l'inégalité est incompatible avec le *ius naturale* où tous sont égaux à l'état naturel³⁸. On y voit donc les signes avant-coureurs du problème interprétatif du *jus gentium* en un droit bicéphale, comportant un droit *primarium* et un *secundarium*. Si cette vision présentée par les auteurs explorés semble difficilement attaquable, c'est qu'elle a certainement un excellent fondement juridique. Toutefois, il est intéressant de noter que l'ensemble de ces écrits suit un chemin hémimement semblable du code aux *Institutions*, présentant au paravant la question pérégrine. Qui plus est, au cun de ces auteurs ne s'attarde au fait que l'ensemble des pérégrins se voit progressivement favorisés sous le Haut-Empire. Ses bases sont établies par Gaius Julius Caesar lorsqu'il est nommé dictateur à vie suite à sa victoire contre Pompéi en 48 av. J.C. à la bataille de Pharsalus³⁹, préparant ainsi le chemin pour Octave qui fondera le pouvoir impérial à partir du 13 janvier 27 et qui le consolidera définitivement en 23⁴⁰.

³² G.F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, t. 1, Paris, Guallemin et Cie, 1858, 414 à la p. 31.

³³ Hunther, *supra* note 17 à la p. 119.

³⁴ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 316.

³⁵ *Ibid.* à la p. 317.

³⁶ Villers, *supra* note 6 à la p. 131.

³⁷ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 319.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Pour une reconstitution de l'accession au pouvoir de César et sa victoire maître contre Pompéi, voir J.W. Jordan, « Battle of Pharsalus », (2001) Feb Military History [à paraître en 2001].

⁴⁰ Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 270.

En effet, dès son accession au pouvoir, Caesar opère des réformes majeures. Notamment, il accorde la citoyenneté à l'Espagne et la Gaule narbonnaise pour récompenser ses alliés et accélère la romanisation des villes pérégrines⁴¹. Ce mouvement d'émancipation se poursuit au travers du Haut-Empire jusqu'au II^e siècle dans le Bas-Empire lorsque l'Édit de Caracalla étend le droit de cité à tous les hommes libres de l'Empire. Puisque le Code, le *Digeste* et les *Institutions* sont publiés au VI^e siècle, à qui s'applique alors le *jus gentium* ? Reste-t-il assez de pérégrins dans les quatre siècles suivants avec lesquels Rome interagit pour justifier l'existence d'un régime de droit *inter homines* alors que ces relations sont maintenant réglées par le *ius civile* ? De fait, si l'ensemble de l'Empire est sujet au *ius civile*, seuls les barbares face auxquels Rome n'a comme interactions que le *gladius* et le *pilum* sont maintenant pérégrin. En toute logique, le droit n'aurait normalement pas besoin d'être constitué face à eux puisque la seule relation d'un à l'autre est la défense de l'Empire contre les poussées barbares. La question doit donc être examinée à savoir si la conception d'un *jus inter homines* n'a pas réellement évolué en un *jus inter gentes* durant cette période expliquant pourquoi notre compréhension des *Institutions*, notamment, est incomplète du fait d'un biais vers la conception initiale du *jus gentium*, mais l'ignorance de son évolution vue l'absence de sources primaires décrivant cette évolution. Dans le contexte de ces reconstructions historiques cette question n'est pas seulement judicieuse, elle est primordiale. En effet, si le *jus gentium* ressort des conditions créées par la guerre comme l'avance Marcien à la suite d'Ulpian, complétant ainsi Gaius, et que la guerre était comprise comme l'exemple premier des relations internationales il n'est certainement pas fantaisiste de croire qu'une civilisation ayant un système politique aussi développé ait pensé à développer un corpus juridique pour régir ses relations avec d'autres peuples. Malheureusement, l'accès aux sources primaires existantes étant restreint et les textes potentiellement explicatifs n'ayant pas survécu, il est impossible de confirmer ou d'infirmer ces dires. Néanmoins, cette question n'est ni posée, ni répondue par aucun auteur et laisse planer un vide historique de 400 ans. Sans avancer que la version de ces auteurs est erronée, elle est sujette à caution. Elle repose sur une interprétation qui évite convenablement cette question et méritera certainement une attention particulière dans les recherches plus poussées sur ce sujet⁴².

L'ÉVOLUTION AU MOYEN-ÂGE

Entre la chute de Rome en 476 et la mort de Justinien en 565, le système légal romain continue d'opérer, quoique dans une proportion plus disparatée en occident. Quant à l'Empire d'Orient, il poursuit l'application du droit romain devenu byzantin jusqu'au onzième siècle, soit à la chute de Constantinople aux mains de l'Empire ottoman⁴³. Durant la période de 535 jusqu'au douzième siècle, le droit romain n'a pas complètement disparu. S'il est vrai que son système universel n'existe plus en occident, son influence sur les divers droits féodaux est évidente. Néanmoins, il est tout aussi évident que la noirceur qui suit la chute de Rome entraîne une baisse des relations commerciales entre peuples, les guerres privées et les épidémies à grande échelle, le tout s'inscrivant dans un vide institutionnel.

Progressivement, une organisation sociale cohérente ressurgit dans une échelle restreinte, permettant la remise en état du commerce et le développement de l'économie. Avec cet élargissement des transactions, le droit germanique et les notions de droit romain conservées ne satisfont plus aux besoins. La région de

⁴¹ Belleau, *supra* note 13 à la p. 7.

⁴² Par exemple, l'œuvre de Haggenmacher sur le sujet de la création du *jus inter gentes*. Il s'agit d'une thèse, dont le but est évidemment de prouver une proposition. Or, dans son chapitre sur le *jus gentium* (IX), il s'agit de prouver que Hugo Grotius est le véritable père du droit international, dans le contexte plus large de la relation de Grotius avec le concept de guerre juste qui, quant à lui existe au moins depuis l'Édit de Milan en 313 et qui est la base de cette doctrine justificatrice de la guerre sur une base religieuse (voir Gordon, *supra* note 31 à la p. 14). Haggenmacher démontre un à un à l'aveugle à prouver qu'aucun auteur n'a pu avant lui déterminer le *jus gentium* comme un *jus inter gentium*. Or, ce chapitre s'aute de l'interprétation romaine de Cicéro à Gaius sans considérer les deux cent ans qui les séparent, puis de Gaius à Justinien de la même façon pour aboutir de là à l'interprétation canonique du *jus gentium*.

⁴³ M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 3, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839, 414 à la p. 5.

Bologne connaît ce développement et crée avec sa richesse une nouvelle école dont la réputation devient rapidement trans-alpine. Le droit romain redevient un droit important par ses principes pour la réglementation des affaires entre peuples.

Même en Angleterre, limite occidentale et boréale de l'Empire romain, le droit romain survit durant toute cette période. En effet, plusieurs recueils de lois démontrent clairement la connaissance du droit romain et son incorporation dans le droit anglo-saxon. La différence avec le droit continental est que cette connaissance est limitée principalement aux membres du clergé, ce qui résulte en une incorporation limitée dans le système légal anglo-saxon, d'où son évolution vers un droit coutumier plus fort que le droit écrit du continent. Sur preuves contraires, il apparaît que seul le *Breviarium* était connu, le droit justinien n'ayant pas percé⁴⁴. Toutefois, s'il est connu du clergé, le droit romain n'est pas nécessairement favorisé par la papauté⁴⁵. Néanmoins, les travaux d'interprétation du *jus gentium* se poursuivent par l'entremise de commentateurs canoniques.

À la base, on retrouve d'abord Isidore, évêque de Séville, qui offre une définition du *jus gentium* dans son *De legibus*. Il y reprend dans l'ensemble la division du *fas* et du *ius*, en associant la *lex divina* au premier et la *lex humana* au second. De cette distinction première, il reprend la division hellénique de Gaius en associant *ius naturale* et *ius civile* et en leur opposant le *jus gentium*. Toutefois, il limite la portée du *ius naturale* aux humains seulement. Le *jus gentium* semble devenir pour Isidore une notion plus restrictive, applicable à presque toutes les *gentes* à laquelle il offre une juridiction couverte sous une énumération précise, comprenant en particulier la guerre, la captivité, le droit des traités et des ambassades, puis finalement le mariage interdit entre étrangers⁴⁶. Comme l'écrit remarquer Haggenmacher, cette énumération cadre quasi-parfaitement avec la notion du droit international d'aujourd'hui. Toutefois, comme il est mentionné plus haut, il réfute une vision d'un *jus gentium* qui serait *inter gentes* sur la base que le dernier point de cette énumération, le mariage entre étrangers, fait « curieuse figure » dans cette énumération. Il poursuit néanmoins : « ...venant après les définitions du droit naturel et du droit civil, il précède celle du droit militaire : devant logiquement se distinguer des trois à la fois, le droit des gens ne pourrait se rapporter qu'aux relations inter gentes. »⁴⁷. S'ilôt cette affirmation faite, il réfute cette hypothèse sur la base de l'état trop vague des sources utilisées par Isidore. Malgré cela, il termine sur Isidore en confirmant que le *jus gentium* qu'il présente comporte des institutions relatives aux rapports inter gentes, que ces institutions sont d'essence positive et que l'ensemble peut s'interpréter comme le droit international au sens qu'il a aujourd'hui, mais qu'il faudra malgré tout un millénaire avant que ceci soit interprété délibérément et consciemment par un auteur. En toute déférence, une telle argumentation est incohérente et néglige sciemment l'attribution d'une vision inter gentes exprimée ainsi alors que le texte original qu'il cite contient véritablement l'expression d'une telle vision⁴⁸.

Suit ensuite Gratien qui reprend dans son *Concordia* les termes d'Isidore, sauf pour sa division de la *lex humana*. Dans celle-ci, il sub-divise comme Isidore cette loi humaine en *constitutiones* et *consuetudo*. Dans cette dernière sub-division, il divise encore le droit entre les canons de l'Église et la loi des princes, puis fait primer les premiers sur les secondes⁴⁹. De ce point et contrairement au cas sous l'Empire romain, on se retrouve avec une définition du *jus gentium* bien définie mais dont le lien avec la notion de *jus naturale* devient encore plus ambiguë.

⁴⁴ M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 2, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839, 263 à la p.103.

⁴⁵ Savigny, *supra* note 43 à la p. 70.

⁴⁶ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 323.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 322 : « *ius gentium est sedium occupatio, a edificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, feodora pacis, indutiae, legatorum non violandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. Et inde ius gentium, quia eo iure omnes fere gentes utuntur.* » [Nous soulignons.]

⁴⁹ *Ibid.* à la page 324, note de bas de page 1546.

Il est certain que l'interprétation de Gratien résulte en grande partie des sources justiniennes de droit. En effet, dès le haut moyen-âge, au XII^e siècle, les *Digestes*, *Intitutions*, les neuf premiers livres du code⁵⁰, l'*Authenticum* et l'Épître⁵¹. Ce raisonnement de Gratien s'inscrit, il faut le préciser, dans une synthèse de l'ancien droit qui inaugure le droit classique, la réforme grégorienne en étant le schisme.

Saint-Thomas d'Aquin reprend la vision isidorienne, mais la dépasse dans son raisonnement. Il perçoit le *jus gentium* comme faisant partie de la loi humaine, soit, mais il poursuit en disant que l'ensemble de la loi humaine provient de la loi naturelle, elle-même étant le fruit de la loi divine. La portion de la loi humaine concernant le *jus gentium* comporte quant à elle une relation privilégiée avec ce droit naturel puisqu'il en découle par voie de conclusion, issue de la rationnelle naturelle⁵². Le droit des gens découle donc du droit naturel en tant que conclusion d'un principe par lequel les hommes ne peuvent vivre en société, en *convivere*, qu'à partir d'un discours rationnel et d'un accord sur les notions fondamentales. Celles-ci incluent évidemment les lois qui régissent leurs interactions⁵³.

Le raisonnement de Saint-Thomas d'Aquin se base principalement sur une conception de la vertu de justice, plus apte à être vue comme *iustum* que comme *ius* sous l'angle hellénique de *dikaion* d'Aristote. Dans ce concept, le droit naturel demeure propre à tous les être vivants, duquel il dissocie le droit des gens qu'il affirme être un produit de la raison et de l'utilité que l'homme en a. Une définition de ce qu'il percevait comme le *jus gentium* est présentée par S. J. V. S. Chall comme : « the philosophic discussion of those things to be learned by reason and experience that are not merely unique to each particular polity. »⁵⁴. Le *jus gentium* reposerait ainsi sur des principes intelligibles pour et compris par les sociétés civilisées qui reconnaissent sont discours universel et obligatoire pour tous⁵⁵. Saint-Thomas d'Aquin fait donc un lien entre le *naturalis ratio* de Gaïus au travers d'un concept plus large de *iustum naturale*. Il voit donc un droit commun à l'humanité, mais distinct du droit naturel en étant toutefois associé à un principe supérieur par l'entremise de la raison naturelle⁵⁶. Il est clair que ces interprétations des ecclésiastiques reposent en grande partie sur la volonté de l'Église de s'affirmer comme l'authentique successeur de Rome et tend à créer un *jus universum*, soit une universalité de droit canon applicable à toute la chrétienté sur la base de l'universalité des compilations justiniennes⁵⁷.

En fait, c'est au travers de l'utilisation du droit romain coutumier, puis de son incorporation progressive au droit canon entre le IX^e et le XII^e siècle, que l'Église assoit son pouvoir temporel avec une utilisation subsidiaire du droit romain. Ce principe devient universellement reconnu au XIII^e siècle⁵⁸. Le lien d'Ulpian à Isidore, de ce dernier à Gratien puis à Saint-Thomas d'Aquin persiste dans la notion d'un droit des gens qui désigne des lois et des mœurs mais qui devrait de plus en plus inclure la notion de justice. Le résultat au XIII^e siècle est que l'on parle de l'autorité de l'Église sur la race humaine et du droit de l'alliance humaine⁵⁹.

Ces positions sur le *jus gentium* évoluent peu entre le XIII^e et le XVI^e siècle, le droit romain influençant le développement du droit canonique et le tout demeurant dans une interprétation somme toute

⁵⁰ Savigny, *supra* note 44 à la p. 343. Les trois derniers livres, traitant du droit public, ne seront retrouvés que plus tard.

⁵¹ P. Legendre, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1964 [non-publiée].

⁵² *Ibid.* à la p. 328.

⁵³ J.V. S. Chall (S.J.), « Natural Law and the Laws of Nations: Some Theoretical Considerations », (1992) 15 *Fordham International Law Journal*, 997 à la p. 998. Il est à noter que (S.J.) désigne l'appartenance de J.V. S. Chall à la Société des Jésuites, donc la doctrine de raisonnement logique tend évidemment à pénétrer l'ensemble de son texte.

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 1004.

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 1005.

⁵⁶ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 330.

⁵⁷ Legendre, *supra* note 51 à la p. 50. Quant à l'affirmation de l'Église comme successeur : « *Ubi gentilium principes habitant, illic ecclesiarum principes morantur.* » à la p. 38.

⁵⁸ A. Gauthier (o.p.), *Le droit romain et son apport à l'édification du droit canonique*, Ottawa, Faculté de droit canonique de l'Université Saint-Paul, 1996, 169 à la p.7.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 28.

conservatrice. Peu à peu, juristes et théologiens prennent compte des travaux de l'autre. Finalement, au XVI^e siècle, a lors que la Renaissance prend d'écouler les *terra nullus* de l'Amérique, la question de principes de droit communs à tous les peuples prend une ampleur nouvelle au contact des (amér)indiens. Empreint d'une influence religieuse, mais dicté par une conscience juridique, le concept de *jus gentium* prend un nouveau tournant qui le mènera plus clairement au concept de *jus inter gentes*.

LA RENAISSANCE ET L'ÉVOLUTION SUBSÉQUENTE

Francisco de Vitoria est certainement la figure de proue de ce renouveau. Figure toutefois difficile à saisir du fait que sa propre pensée témoigne d'une évolution continue. En effet, au début de sa carrière d'enseignement il semble suivre le raisonnement de Saint-Thomas d'Aquin. Toutefois, il diverge de sa position de droit conventionnel positif entre les hommes car ce rapport de dérivation du droit naturel en un droit consensuel le rend modifiable comme n'importe quel autre droit. De quasi-conventionnel, il fait évoluer sa perspective dans un ordre quasi-légal. Ainsi, le *jus gentium* a force obligatoire tirée d'une convention, mais aussi une force de loi car il comporterait des normes de portée universelle, édictées par une sorte d'État supra-mondial et applicable en temps de paix comme en temps de guerre⁶⁰.

Ainsi, le *jus gentium* positif qu'il supporte au début se transforme progressivement en un *jus gentium* qui semble dériver en partie du droit naturel et qui d'un autre côté semble s'y confondre. Le *jus gentium* résulterait donc d'une convention entre les humains, d'où sa force obligatoire, faite par des peuples entiers et donnant ainsi naissance à des lois, d'où sa force de loi. Pour justifier cette position il adhère aux positions de Gaius et d'Ulpien, mais à une différence précise : il y substitue consciemment *gentes* à *homines*⁶¹. Ce faisant, il semble que Vitoria ait été clair sur la notion de normes s'appliquant non plus seulement aux individus, mais aux États. Une fois de plus, Haggenmacher affirme qu'on ne saurait en conclure que Vitoria pourrait y établir des telles normes, car de telles substitutions ont été faites auparavant par d'autres auteurs, sans en inférer un tel sens. Il maintient de plus que cet extrait en est un fait manifestement de mémoire, expliquant la substitution imparfaite⁶².

Une fois de plus, il apparaît plutôt pratique pour cet argument de passer sous silence les circonstances de la rédaction de cet ouvrage par Vitoria. Il est alors titulaire de la chaire de théologie de la faculté de théologie de l'Université de Salamanque depuis 1526 et vit le plein battant de l'ère exploratoire où de nouveaux mondes sont découverts. Il semble plutôt discutable, avec un écrit stipulant clairement une intention jointe à une période aussi propice à l'épanouissement intellectuel, que l'on puisse refuser de considérer aussi arbitrairement cette compréhension. Particulièrement si l'on considère que, dans ce contexte, les mondes nouveaux comportent des « tribus barbares » auxquelles aucun Chrétien ne saurait s'associer (voire s'abaisser).

Dans cette mentalité « d'eux et nous » comparative, mais où l'on reconnaît malgré tout le caractère humain de ces peuplades, il est difficilement acceptable que l'on puisse aussi catégoriquement refuser une telle interprétation.

C'est certainement l'interprétation qu'en fait Truyol Serra lorsqu'il interprète les concepts et fondements du droit des gens de Vitoria. Il traduit d'abord le *jus gentium* de Vitoria comme étant : « ...ce que la raison a établi entre toutes les nations. »⁶³. Il l'interprète comme donnant au *jus gentium* :

⁶⁰ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 337.

⁶¹ F. de Vitoria, *De Indis et de Ivre Belli Reflectiones, Reflectiones Theologicae XII*, collection The Classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1917, 476 à la p. 257 où il définit : « ... quod naturalis ratio inter omnes gentes consuit, vocatur ius gentium ... ».

⁶² Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 339.

⁶³ A. Truyol Serra, *Les principes de droit public chez Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Culture Hispanica, 1946, 115 à la p. 47.

« le caractère d'un *jus inter gentes*, d'un ordre juridique qui s'applique aux groupements humains indépendants en tant que tels; il crée, en définitive, le concept moderne du droit international. La transition de ce droit moderne du droit des gens se trouve déjà dans la définition du *jus gentium* donné par SAINT ISIDORE DE SÉVILLE... »⁶⁴. [Nous soulignons.]

Truyol Serra fait même reculer l'historique de cette notion jusqu'à Saint-Augustin qui écrit que :

« ...ce serait un bonheur pour le monde si, au lieu d'un empire universel comme l'empire romain de son temps, il y avait de nombreux royaumes menant une vie pacifique dans les limites de leurs espaces naturels, tout comme au sein de la cité nous trouvons côte à côte beaucoup de maisons habitées par de nombreux citoyens. »⁶⁵.

Si l'on ne peut parler d'un concept juridique, il est néanmoins clair que la substitution au niveau philosophique compare effectivement les royaumes à autant d'êtres humains, d'où le lien de la substitution entre *homines* et *gentes*.

La controverse du caractère positif par opposition à un caractère universel issu du droit naturel se poursuit tout au long de ce siècle, mais ce n'est qu'avec Suarez que le débat entre le caractère *inter homines* et *inter gentes* du *jus gentium* réapparaît en 1612.

Il remarque que les institutions normalement attribuées au *jus gentium* ne tombent pas nécessairement toutes sous le même empire. Plutôt, certaines viseraient les relations entre les peuples alors que d'autres ne se préoccuperaient que des relations entre les individus. De deux types de d'institutions, il déduit deux types de *jus gentium*. D'abord un premier *jus gentium* apparenté au droit civil commun en ce qu'il concerne des relations inter-individuelles comme le commerce, les contrats, etc., et un second à saveur internationale, appelé droit des gens au sens propre⁶⁶.

Après maintes tergiversations par des interprétations différentes reprenant souvent les idées avancées auparavant et régressant parfois, la notion de *jus gentium* se pose à la lumière du droit de la guerre durant la Guerre de Trente ans, au cours de laquelle Hugo Grotius écrit son ouvrage *Le droit de la guerre et de la paix*⁶⁷.

Grotius reprend l'idée de deux *jus gentium* apparentés, mais distincts. Ainsi, il crée un premier *jus gentium primarium* basé sur un droit naturel secondaire propres aux êtres rationnels. Ce droit vise donc les relations *inter homines*. Toutefois, il ne se comprend qu'à la distinction du *jus gentium* secondaire qui se fonde sur le droit naturel commun au monde animal, résultat immédiat de la volonté divine.

Ce droit des gens secondaire est un droit composé du droit des gens et de droit civil. Il vise non pas à assurer le bien commun des citoyens d'un État, mais bien à assurer le bien commun de la société formée par l'État. Il dissocie donc du *jus gentium* initial un ensemble de règles qui demeure partie du droit civil commun, qualifié de coutume reçue plutôt que de droit et muable, et un véritable droit des gens secondaire qui obligerait les États à la manière d'un accord immuable. Ce droit des gens secondaire est donc international et positif en vertu du consentement tacite des États⁶⁸ et qui se développe pour ancrer fermement les bases du système juridique régissant les États-nations issus de la Paix de Westphalie de 1648.

De ce point, il ne s'agit plus de savoir s'il existe un *jus gentium inter gentes*, mais bien à le définir. Zouche propose une telle définition dès 1650. Ce serait un droit :

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 48. Il cite ainsi le passage de la *Cité divine*, livre IV, chap. 15.

⁶⁶ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 349.

⁶⁷ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 1, trad. par J. Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, 518.

⁶⁸ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 359.

« ... which natural reason has established among all men is respected by all alike and is called the Law of Nations as being a law which all nation recognize as the jurist Gaius said. In the first place; it is the common element in the law which the people of a single nation use among themselves; inasmuch as of individual men some are free, others slaves (...) secondly, it is the law which is observed in common between princes and peoples of different nations (...) laws of the latter I choose to describe as '*jus inter gentes*'. »⁶⁹.

Textor complète aussi les propos de Grotius en affirmant que le droit des gens est ce qui a reçu une force obligatoire du consentement de toutes ou du plus grand nombre de toutes les nations et que ce consentement peut être express ou implicite⁷⁰.

Cette interprétation est reprise par de Vattel en 1758 lorsqu'il écrit :

« Les Nations, ou États sont des corps politiques, des sociétés d'hommes libres (...) Une pareille société a ses affaires et ses intérêts, elle délibère et prend des résolutions en commun; et par là elle devient une personne morale, qui a son entendement et sa volonté propre, et qui est capable d'obligations qui répondent à ce droit... »⁷¹.

Suivant notre conception contemporaine du droit international, les États sont donc les acteurs au sein de ce droit et y sont soumis. Évidemment, plusieurs autres définitions, explications, théories, etc., seront proposées par maints auteurs, que ce soit Wolff, Westlake, etc. Un auteur laissera un héritage particulier dans ses écrits quant à sa vision de l'évolution du droit des gens, mais surtout par la création d'une clause qui l'amène au-delà de ses principes premiers. Ainsi, G.F. de Martens publie dans son *Précis de droit des gens*⁷² que le droit des gens est divisé en des sources conventionnelles et coutumières, se basant largement sur les écrits de Klüber⁷³ et confirmant le développement du droit international public.

Néanmoins, c'est lors de sa participation à la rédaction des Conventions de la Haye de 1899 que Martens fait faire un pas en avant au jus gentium en proposant une clause maintenant connue sous l'appellation de clause Martens et aujourd'hui reprise dans les *Conventions de Genève* :

« La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante (sic). Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »⁷⁴

Ce faisant, Martens complète le cercle et remet les principes du jus gentium comme principes directeurs de l'agissement des États, même en temps de conflits armés.

⁶⁹ R. Zouche, *Iuris et Iudici Feclialis, sive, Iuris Inter gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio*, collection The classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1911, 186 à la p. 1.

⁷⁰ J.W. Textor, *Synopsis Juris Gentium*, tome 1, collection The Classics of International law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1916, 349 à la p. 2.

⁷¹ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, tome 1, Paris, Librairie de Gaulemin et Cie, 1863, 644 aux p. 71 à 75.

⁷² Martens, *supra* note 72 à la p. 43.

⁷³ J.-L. Klüber, *Droit des gens modernes de l'Europe*, 2^{ème} édition, Paris, Gaulemin et Cie, 1874, 573 à la p. 7.

⁷⁴ *Conventions de Genève du 12 août 1949* aux articles communs 63 de la *Convention I*; 62 de la *Convention II*; 142 de la *Convention III* et 158 de la *Convention IV*.

CONCLUSIONS

La notion de *jus gentium* a été et demeure dans une certaine partie difficile à cerner historiquement. Toutefois, il est clair au vu des sources examinées ci-haut qu'il y a effectivement eu une évolution partant d'une notion historique descriptive vers un concept de norme générale de droit, celle-ci ayant comme objet les relations d'abord inter-individuelles, puis inter-étatiques.

Le but de la présente recherche était d'exposer le contenu de ce concept légal. L'examen de cette notion en droit romain a démontré qu'il s'agissait d'un concept plutôt vague, mais qui consistait à contourner l'absence de reconnaissance juridique des étrangers n'ayant pas de statut juridique face à Rome. Il ressort de cet examen qu'il s'agissait véritablement d'un droit positif inventé et/ou toléré par Rome pour faciliter les échanges et garder la paix sociale. Il appert aussi que cette notion a évolué lentement pour dépasser, consciemment ou inconsciemment le cadre de ses sens premiers, limitée aux simples relations individuelles. Le *jus gentium* devient d'un droit des étrangers un droit qui pénètre le droit romain pour l'imprégner et évoluer avec lui. De même, il est évident que le vide historique séparant l'octroi de la citoyenneté aux pérégrins jusqu'à la rédaction des textes légaux sous Justinien mérite une attention plus poussée que ce qui est présentement disponible dans les sources secondaires.

Il ressort ensuite que l'évolution au moyen-âge s'est fait avec de petits sauts en avant souvent accompagné de reculs. Le développement du *jus gentium* est une des sources du développement au niveau du droit canonique, mais le droit canonique est aussi une source du développement du *jus gentium*. Il s'agit véritablement d'une relation symbiotique comme c'était le cas en droit romain. Ce qui apparaît clairement malgré les démentir de certains auteurs, c'est que la compréhension du concept de *jus gentium* comme notion évolutive vers le *jus inter gente* est mieux comprise qu'il est argumentée.

De plus, il apparaît clairement que les premiers balbutiements du droit international ressortent véritablement des idées proposées dès le haut moyen-âge, mais qu'elles sont simplement développées de façon plus détaillée à la Renaissance, particulièrement avec Vitoria.

De son évolution d'un concept limité au relation entre étrangers ou entre citoyens romains et étrangers, le *jus gentium* a évolué dans un concept de droit international qui fait des États ses sujets et qui a force obligatoire sur tous. Mais ce droit des gens secondaire n'a pas totalement éclipsé la notion primaire des relations inter-personnelles. Comme le signale la clause Martens qui demeure un instrument applicable du droit international, particulièrement au niveau du droit international humanitaire applicable en temps de conflits armés, mais aussi au droit de la Haye sur la réglementation des méthodes et moyens de combat. En effet, cette clause continue de sousmettre le comportement individuel aux normes de la conscience publique.

Une telle clause a une importance particulière, particulièrement dans le cas du vide juridique entre l'applicabilité des normes de protection des droits de la personne et celle du droit des conflits armés. De telles normes obligatoires ayant force de loi sur une base coutumière permet d'empêcher les violeurs du droits des conflits armés et/ou du droit de la personne de se soustraire à la justice. C'est pourquoi il est important de continuer à étudier le concept primaire parallèlement à l'évolution du système général qu'est devenu le concept secondaire.

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE

Plateau continental de la mer du Nord (R.F.A. c. Pays-Bas), [1969] C.I.J. Rec. 3.
Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, [1984] 1 R.C.S. 86.

DOCTRINE

Monographies

C. Belleau, *Rome et les étrangers*, travail universitaire, Faculté des Arts, Université d'Ottawa, 1992.
Conseil canadien de droit international, *Le droit international et le développement*, XV^e congrès annuel, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 16 au 18 octobre 1986 [non-publié].
J. Déclareuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La Renaissance du Livre, 1924.
J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 3^e édition, Paris, Montchrétien, 1991.
A. Gauthier (o.p.), *Le droit romain et son apport à l'édification du droit canonique*, Ottawa, Faculté de droit canonique de l'Université Saint-Paul, 1996.
C.H. Giraud, *Histoire de droit romain*, Paris, Videococq, 1841.
P.G. Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.
H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 1, trad. par J. Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724.
P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.
W.A. Hunter, *Roman Law*, 4^{ème} éd., Holmes Beach (Fl.), W.M.W. Gaunt & Sons, 1992.
J.-L. Klüber, *Droit des gens modernes de l'Europe*, 2^{ème} édition, Paris, Guallemin et Cie, 1874.
P. Legendre, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1964 [non-publiée].
G.F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, t. 1, Paris, Guallemin et Cie, 1858.
M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 2, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839.
M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 3, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839.
J.W. Textor, *Synopsis Juris Gentium*, tome 1, collection The Classics of International law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1916.
A. Truyol Serra, *Les principes de droit public chez Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Culture Hispanica, 1946.
E. de Vattel, *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, tome 1, Paris, Librairie de Guallemin et Cie, 1863.
R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, Éd. Albin Michel, 1977.
F. de Vitoria, *De Indis et de Ivre Belli Reflectiones, Reflectiones Theologicae XII*, collection The Classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1917.
R. Zouche, *Iuris et Iudici Feialis, sive, Iuris Inter gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio*, collection The Classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1911.

Articles

J.W. Jordan, « Battle of Pharsalus », (2001) Feb Military History [à paraître en 2001].
B. Harff, « Genocide and human rights : international legal and political issues », (1984) 55 (no 3-4) Nordisk Tidsskrift for International Ret og Jus Gentium, 89.

N. Kasai, « Some observations on the Grotian conception of Jus Gentium », (1984) 83 Journal of International Law and Diplomacy, 31.

J.V. Schall (S.J.), « Natural Law and the Laws of Nations : Some Theoretical Considerations », (1992) 15 Fordham International Law Journal, 997.

DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Traités

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. (1982) 58 (Entré en vigueur le 21 octobre 1986).

THE LEGALITY OF THE WAR AGAINST AFGHANISTAN

ATTILA SARI

September 11, 2001 was an inevitable day. Suddenly came a shocking news on the screen of the tv: burning towers, panic in the street. Terrorists hijacked four commercial airlines and crashed them into the World Trade Center and Pentagon, killing thousands of people. The US government said that Osama bin Laden and his Taliban supporters in Afghanistan were guilty of the act of terrorism. The US started a strike against the Taliban regime of Afghanistan.

Nowadays, Bin Laden is not easy to find and he is in hiding somewhere maybe in the mountains. The US won the war, there is a new government in Afghanistan. This war raises the question: was it legal? United States is a part of the United Nations Charter and therefore is bound by the international law.¹

War is an armed conflict between two or more countries. The actors are states using armed force against another state. In connection with war we must distinguish between two notions: *ius ad bellum* (use of force) and *ius in bello* (armed conflict). This essay is about *ius ad bellum*. Our topic is whether the “war against terrorism” is a legal war according to the laws of war. One of the problems is that in this violence are both state and non-state participants.

US is a party of the United Nations Charter June 26, 1945. The Charter contains the rules in which situations may states use armed force. US invoked the Article 51 which is about the self-defense, a very debated notion in the last years. In aspect of “*ius ad bellum*” we have to focus on the Article 51 and its interpretations, and the case law.

The basic premise of the rules about the legality of war in the Charter is the outlaw war, the endangering the peace between the states. This principle is inferred from the general provisions of the Charter. Article 2 (3) requires that all members of the UN must settle their disputes in a peaceful manner, Article 2(4) says that all members shall refrain from using force against any state, or in any manner inconsistent with the purposes of the UN. These provisions are now regarded as a rule of customary international law too.

Articles 39-51 contain rules about these situations. In these articles there is a method: in case of acts against peace the Security Council decides how to solve the problem. But if the act against peace is e. g. a sudden strike against a country, according to the Art. 51. The right of self-defense allows a state to act immediately, before the Security Council decides. Article 51 contains the following rule: “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”²

A state using defensive armed forces must report its actions to the Security Council so that the Council may act.³

¹The legality of the United States War on terror... (Afghanistan) p. 1)

²The legality of the United States War on terror... (Afghanistan) p. 2-3)

³The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan) p. 44)

It has drawn debate over how the Article 51 must be interpreted and what circumstances must be present for a state to legally defend itself. The problem is the lack of accurate definitions. The followings are the most debated criteria: armed attack, self-defense. Can be an armed attack a terrorist-attack? What degree of self-defense is allowed? Is it allowed to bomb Afghanistan as a self-defense against the terrorists?

1. Armed attack

President George W. Bush stated, "We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those who harbor them." If we applied only a narrow definition, the term "armed attack" would not include attacks from terrorist organizations. We have to apply this narrow definition if we consider the traditional views at the time the Charter was signed.

1.1 The connection between state and terrorism

First of all, we have to define the "terrorist attack", the "international terrorist offence". The elements of a proposed definition by the International Law Association: act of violence or threat; acting alone or in association with other persons, organizations, places, transportation or communications systems or against members of the general public; its purpose is intimidating persons, causing injury or death, disrupting the activities of international organizations; causing loss, detriment or damage, interfering with transportation and communications systems in order to undermine friendly relations among States or among the nationals of different States or to extort concessions from States. The definitions refer to unlawful force. Terrorism takes on various forms. Its purpose is to change the structures or policies of the enemy state, to destabilize world order. Its aims are directed to the collective society of a perceived oppressor. Terrorist groups sometimes collaborate with each other and share their resources, even though their aims might be different. They are usually centrally coordinated. Members of terrorist groups are demonizing anyone who is outside their culture. Some of them believe that the source of their problems is a society and the cure is to destroy the source.⁴

Terrorism distinguished from non-terrorism, terrorists are not state deployed armed forces. They have no specific boundaries or territory. Both terrorism and conventional war have goals and rationales. In war, innocent civilians may not be used as targets, while terrorist freely choose them as targets, sometimes in order to blackmail a state or the public opinion. Negotiating with a terrorist organization is problematic because it isn't a representative of a state and they are not structured like states. Legitimate struggles and other permissible insurgencies under international law (attacks based on self-determination, anticolonialism or other categories) must be distinguished from terrorism. When we accept that state sponsored terrorism exists, then the sponsoring state may be in violation of Article 2 (4) of the UN Charter. The UNSC Security Council Resolution in the Lockerbie case stated that "organizing, instigating, assisting or participating in terrorist acts" is forbidden. State-sponsored terrorism can be analyzed along the lines of a four-part continuum ranging from active to passive support: 1. the state actively sponsors, controls 2. the state encourages; provides training, equipment etc. 3. the state tolerates the terrorists operating 4. the state is unable to deal effectively with the terrorists. In Afghanistan, the Taliban has supported terrorists both directly and indirectly. The Taliban were established by Afghan refugees during the Afghan-Soviet war in Pakistan as a movement. In year 1996 the group captured the capital, Kabul and some other Afghan cities.⁵

If the incident is on September 11 had been taken directly by the Taliban Government of Afghanistan, it would be clearly an armed attack by a state. However, the connection between the hijackers and the Taliban seems to be a bit obscure. These acts are to see also as criminal acts. There was a similar case in

⁴Formulation of a state's response to terrorism and state-sponsored terrorism (Afghanistan 1.pdf p. 71-75)

⁵Formulation of a state's response to terrorism and state-sponsored terrorism (Afghanistan 1.pdf p. 75-80)

1986 when Israel bombed the headquarters of Palestinian terrorists in Tunisia as a response of a terrorist attack, but the Security Council condemned the action. However, the destruction on September 11 was worse than Pearl Harbor.⁶

According to an other interpretation, states can also be responsible for acts of omission regarding non-state actors. States have to prosecute or extradite terrorists. In 1999 the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) held in *Prosecutor v. Tadic* that the acts of the Bosnian Serb army could be imputed to Serbia because Serbia had exercised "overall control" over the former. The draft articles written by the ILC (International Law Commission) regard a state as responsible "if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct"; "if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities"; and "if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own."⁷ It seems that none of the cited tests supports the theory of the US, which theory imputes based on the toleration of terrorist acts by the government. US government said that a state could be responsible for aiding and abetting another in an illegal act, with knowledge of its actions. The US view significantly differs from the above mentioned ones.⁸

1.2. The Nicaragua Case – whether a terrorist attack is “armed attack”

The meaning of term “armed attack” was interpreted by the International Court of Justice in case *Nicaragua v. USA*. The court said that a situation in which a country harbours a terrorists organization isn't an armed attack. In this case US conducted military actions against Nicaragua because it has been providing weapons and other support to rebels in order to help them overthrow the government of El Salvador. The opinion of the court was that supporting armed bands in a neighbouring country isn't an armed attack. However, it may constitute a breach of Art. 2(4). Very important is what the court said: “the concept of an armed attack includes the dispatch by one state of armed bands into the territory of another state.” This decision has set up a standard in which the term “armed attack” is to analyze.⁹ There is a scale, above the threshold of “armed attack” are attacks such as sending armed irregulars. The words “an armed attack occurs” mean that there must be an actual commencement of physical violation¹⁰.

Contrasting with the decision in the *Nicaragua Case*, the hijackers on September 11 weren't classical armed persons, neither members of a regular or paramilitary force. They didn't have arms, but hijacking an aircraft can effect a damage as a bomb does. Therefore – considering the intention of the hijackers and the Taliban – the attacks on September 11 were armed attacks, although not classical ones.

One of the elements of the US claim was that Afghanistan was the preparator of the terrorist attacks. We have to examine the connection between the terrorist attacks and the activities and intentions of the Taliban. The letter written by the US did not claim that Afghanistan organized or encouraged the attacks on September 11. Taliban only allowed to use Afghanistan as a base of an operation. “The UN General Assembly said that if a state sends irregulars who carry out an armed attack on another state, that would be aggression, as much as if it had sent its own armed forces.”¹¹ However, the government of Afghanistan did not “send” in this meaning any forces. On the other hand, the future attacks that were

6Sean D. Murphy: *Terrorism and the Concept of "Armed Attack" in Article 51 of the U.N. Charter* (Afghanistan 1.pdf p. 208 ff)

7Jus ad Bellum and Jus in Bello After September 11 (Afghanistan 1 p. 153)

8Jus ad Bellum and Jus in Bello After September 11 (Afghanistan 1 p. 153-154)

9The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 3-4)

10Louis-Philippe Rouillard: *The Caroline Case...* (20042rouillard.pdf at www.mjil.hu) p. 13.

11The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 46.)

anticipated in October, can be imputable to Afghanistan. According to the article¹² these facts do not establish imputability to Afghanistan.

Even if we accept, that the attacks on September 11 could have raised the level of “armed attack” in itself, these completed attacks were not enough to start air strikes legally against Afghanistan. Without another armed attack being in progress against the US, starting air strikes would be reprisals only. The president of the United States said that Al Qaeda threatened US with further terrorist attacks.

UN Security Council has on many occasions expressed that there is a close relation between the Taliban and Al Qaeda. The Taliban has terrorist training camps on its territories. The motives of the Taliban government, and their strong ties with the Al Qaeda can support this argumentation. In my opinion, it is a case of the earlier mentioned close relation too.

1.3. Anticipatory self-defense

According to another argumentation, an “armed attack” must be commencing, before armed force can be used in self-defense. This statement is not evident in the English text of the UN Charter, but the other authentic text of the Charter are a bit different and they confirm this argumentation. (e. g. the Chinese text: “at any time any member of the United Nations is attacked by military force.”)¹³

A French author argued that the “agression armée” (instead of “armed attack”) in the French version of the Charter permitted anticipatory self-defense because an aggression could exist separately from armed attack. However, these arguments have been always rejected and the French word comes from the Latin *aggređi*, therefore it has the same meaning like “attack”.¹⁴

Twenty years ago, Dr. Polebaum argued that the policy of first strike is necessary because of the nuclear armaments. She presented three criteria of the legality of the anticipatory self-defense on the basis of the Caroline case: attempt to avert war or the threat of war until it is avoidable and immediate; self-defense must be proportional to the provocation; the immediacy of the threat.¹⁵

The author of another essay says that applying a broader interpretation, an e-mail threat from abroad could be argued to constitute an armed attack.¹⁶ In my opinion we have to distinguish between the levels of the threat. Therefore the e-mail-argumentation is not satisfactory. The result of a narrow interpretation is not enough in all situations. States that utilize terrorists to carry out acts of war on other nations would be protected under the UN Charter.

1.4. Was it an armed attack against the US?

A contemporary author wrote that analyzing the expression “armed attack” from a literal standpoint, also terrorist attacks by armed groups were “armed attacks”.¹⁷ When an armed band is supported by a government of a foreign state (and this foreign state wants the armed band to start an attack against another country), the situation can be equivalent to an attack by the regular armed forces of the state. Vividly the difference is only the legal connection between the two types of the armed forces and the government. However, we cannot say that the both cases are absolutely equivalent. There is a slight difference. Before we consider an act of terrorism supported by a foreign state as equivalent, we have to

¹²The Afghanistan War and Self-Defense

¹³The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 45.)

¹⁴Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... p. 13

¹⁵Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... p. 12

¹⁶The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 3.)

¹⁷The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 4)

examine the relation between the armed bands and the foreign government closely. Therefore neither this theory gives a correct solution.

According to another author, the language in Art. 51 leads open the possibility that it can be read broadly enough to include the terrorists attacks that occurred on September 11, 2001. "Armed attacks by non-State armed bands are still armed attacks, even if commenced only from- and not by- another State."¹⁸ However, as mentioned above, other factors should also be considered. These are in particular: the level of state support, link in a long chain of acts (which are relevant in the considering the level of the attack), subjective factors (threat to the safety, motives).¹⁹ It can be important that a state that has been a victim of a completed attack (and there isn't any threat to take other terrorist acts) may not use armed force in response. Claiming self-defense also needs other factors to be considered, reprisals aren't permitted. However, the letters sent by the US and the UK to the President of the UN Security Council, haven't contained any information about any particular anticipated attack.²⁰

It seems that the September 11 attacks were isolated from other terrorist attacks by Al Qaeda, but killing thousands of people, and causing chaos and massive destruction reaches the level of "armed attack". According to the author, these attacks by Al Qaeda were not the first attacks on American targets and, according to Al Qaeda leaders, they will probably not be the last.²¹ However, I think, "per se" the verbal threat by a leader of an armed band shouldn't be enough to make an attack probable, but in this case the attack against the WTC and the shock in the whole USA must have been a believable omen.

1.5. International support

The NATO parties had "determined that the attack against the U.S. on September 11th was directed from a broad and shall therefore be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty."²² Article 5 makes direct reference to the terms "armed attack" and "self-defense". Also collective self-defense (NATO-forces, US-UK-forces against Afghanistan) is allowed by Article 51.

The UN Security Council has issued two resolutions that reaffirm the United States' right to self-defense. 51 By reaffirming this right, the Security Council is implying that there was an armed attack on the United States and therefore is recognizing the United States' inherent right of self-defense. However, UN Security Council hasn't declared expressis verbis that it was an "armed attack". On the day the US initiated a airstrike against Afghanistan, it sent a letter to the President of the Security Council recited that the US has initiated self-defensive armed attack. According to one of the opinions, sending this letter the US acknowledged that its action against Afghanistan wasn't a legal self-defense.²³

2. Self-defense

In case of an "armed attack" the next step is to decide the necessity and the appropriate measure of a self-defense action. In our case, the questions are the following: Was it necessary to start a self-defensive armed attack? If yes, was it proportional to destroy the whole Afghanistan and remove the Taliban regime?

¹⁸The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 4)

¹⁹The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 4)

²⁰The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1. pdf p. 45.)

²¹The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 4)

²²a statement made by NATO Secretary General Lord Robertson, quoted in The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 5)

²³The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 44)

2.1. The Carolina Case

The United Nations Security Council makes no reference as to what constitutes reasonable and proper self-defense under the charter. The concept of self-defense has been shaped by the Carolina Case (1837), in which a British officer, believing that an American ship was operating as an ammunition supply vessel for Canadian vessels, gave orders to destroy the ship, which was called Carolina. British officers argued that it was justified by the necessity of self-defense. Their arguments were the followings: the vessel had a piratical nature, the ordinary laws of the United States were not being enforced at the time, and the third argument was self-defense.²⁴ According to the letter written by Daniel Webster, United States Secretary of State, the criteria of necessity are “instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation”, and he defined proportionality as actions that are not unreasonable or excessive: “It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada,- even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all,-did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it. It must be strenuously to be remonstrance to the persons on board the "Caroline" was impracticable, or would have been unavailing; it must be strenuously to be daylight could not be waited for; that there could be no attempt at discrimination, between the innocent and the guilty; that it would not have been enough to seize and detain the vessel; but that there was a necessity, present and inevitable, for attacking her, in the darkness of the night, while moored to the shore, and while unarmed men were asleep on board, killing some, and wounding others, and then drawing her into the current, above the cataract, setting her on fire, and, careless to know whether there might not be in her the innocent with the guilty, or the living with the dead, committing her to a fate, which fills the imagination with horror.”²⁵ A British officer, Ashburton sent an ingenious answer, he accepted the conditions formulated by Webster. He wrote that the time of the attack at night was consciously selected in order to cause the least loss of life, and the strength of the current did not permit the vessel to be carried off to the Canadian side. Therefore, wrote Ashburton, it was necessary to attack the Carolina.

The doctrine of the Carolina case lives on, but there wasn't an organ before the UN Charter what could really adjudicate on using force. The UN Charter prohibits using force, excepting self-defense and collective self-defensive actions (Art. 51 of the UN Charter).

It is now accepted that necessity and proportionality must be considered. In the light of these, it isn't easy to judge the necessity and the proportionality of the “war against terrorism” (see below).

It marks out from further cases that “the existence of a potential right of anticipatory self-defense can be supported”, but only in reaction to a “first use of force or a clear and imminent threat of such use.”²⁶ Furthermore, when a country has prepared the attack and is on the point of starting it, and the victim state discovers it and starts a self-defensive attack before the enemy starts the attack, isn't illegal and isn't anticipatory self-defense.²⁷

2.2 Necessity

Using armed force must be an ultima-ratio-solution in an instant, overwhelming situation. Before a response to an armed attack must be examined, whether using arms necessary is. If less harmful means

²⁴Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... (20042ruillard.pdf at www.mjil.hu) p. 5.

²⁵Letter of Secretary of State Daniel Webster to Special Minister Ashburton, dated 27 July 1842, reproduced at <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/britian/br-1842d.htm>; quoted by Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... p. 8.

²⁶Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... p. 15

²⁷Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... p. 13-15

there are available, there must be used. After September 11, 2001 another possibly means were for the US: shut off financing Al Qaeda, criminal prosecution. Afghanistan indicated willingness, to discuss a surrender. US refused this means.²⁸

Inferred from Webster's letter the doctrine of necessity needs immediacy or a close-in-time response to the attack. Without those states could use self-defense to retaliate actions. On the other hand – as a contemporary author sees it -, today's warfare is rather different, modern weapons does not give time to prepare for the self-defense in that restricted meaning (the most of the critical situations aren't classical face to face battles). The narrow interpretation might eliminate the chances of legal self-defense. Under certain circumstances, this argumentation could be acceptable, but it doesn't answer whether the anticipatory self-defense legal is. This argumentation says that the air strikes by the US were not reprisals, but legal responds to the terrorist attack on September 11. However, my opinion is that US started the air strikes a bit late after the terrorist attacks, therefore the US had enough time to approach the UN Security Council (see below).

There are many scholars who say that anticipatory self-defense is permissible under Art. 51. because “pre-charter rights inherently survive the adoption of the charter if they are not prohibited by or inconsistent with it.”²⁹ This is a wide interpretation and in my opinion it could lead to unfavorable effects, it could be against the mind of the UN Charter, first of all against the Article 2. On the other hand, it is reasonable that the right to self-defense is not limited to instances of actual attacks against the victim state. However, a wide interpretation can lead to dangerous consequences: many states could lawfully initiate armed attacks to anticipate an only potential attack in the future.³⁰ Second, anticipatory self-defense gives states the opportunity to invent anticipated attacks as a pretext. The third risk is that a state may erroneously believe that the enemy is on the point of attacking³¹. In my opinion we have to distinguish between a very far indirect threat and a serious realistic one – the second one may establish the necessity. President Bush announced that new threats to the United States have required the United States to adopt a new policy of pre-emptive actions. (“...the doctrine of anticipatory self-defence is one that is punctual, answering the threat of the moment immediately. The theory of pre-emptive self-defence is a much wider concept, aiming at eradicating the source of the problem.”³²)

One of the criteria is that there must have been no time to resort to the U.N. Security Council before initiating the armed force³³, but the US attacks against Afghanistan were nearly a month after September 11. The International Court of Justice decided in another case, that the situation of self-defense obtains only in the moment when an object is attacked, but a latter answer isn't a legal self-defensive action.³⁴ However, there are many who are rethinking the need of “immediacy” because it needs time to prepare a well-thought-on military campaign against the real responsible. Mainly in Afghanistan, in which country there are difficult terrain, underground canals, and bunkers in caves.³⁵ If we accept this argumentation, “these realistic and serious threats made against the United States must allow for the use of preemptive force to defend against future tragedies.”³⁶ According to the views of other authors, the anticipated attack must be imminent and obvious, but in the above mentioned letter

28The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 46-47.)

29The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 6)

30The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 44.)

31 The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 52)

32Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... p. 16

33The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 44.)

34Iran vs. USA for the petrol plate-forms (2004)

35Formulation of a state's response to terrorism and state-sponsored terrorism (Afghanistan 1.pdf p. 82)

36The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 7)

sent by the US haven't specified the anticipated time, location, or target of the possible further terrorist attacks.³⁷

The argumentation by US is not easy to accept. If there is a time indeed for an approach to the UN Security Council, there is no right to use armed force in self-defense. US had enough time, but Al Qaeda was about to attack again. Attacks might occur at any time, but there was no reason to US not to approach the Security Council. US could have convinced the Council.³⁸

As can be seen, there is a strain between the need of immediate and the well-prepared response, furthermore between “face to face” situations and anticipatory self-defense. Furthermore, the threat against the US was hardly “instant and overwhelming”.

2.3. Proportionality

If a response to an attack is allowed by the previous rules, there remains a further question: is the response proportional to the original attack? This criterion can be very interesting: could be legal a strike against Afghan cities and innocent citizens (like the terrorist act against the WTC)? Of course, this cannot be the meaning of proportionality. Only an attack against military objects, terrorist training camps, leaders of the Taliban etc. can be legal. Today, proportionality refers more to the balance between a military objective and its cost in terms of lives lost or the military actions needed to control the enemy.³⁹ The international community on the whole rejects a strict construction of this principle, the response needs to be enough to cease the activity of terrorists. Having this aim, it isn't disproportionate if in some cases the retaliatory force exceeds the original attack – according to an opinion. It is important to view the total context of hostilities, past acts and logical projections of future events. This is the theory of “cumulative proportionality”.⁴⁰

The interpretation of an other aspect of the proportionality is quite important. Armed force used in self-defense has an aim to defend the country, reverse the armed attack, driving the foreign army back. It is not easy to decide, whether using armed forces to destroy buildings, terrorist training camps, governmental objects is permitted. In my opinion, nowadays there aren't other options in situations like after September 11. But if there was an other reason for use of force (controlling the Central Asian oil pipeline, overthrowing the Taliban) rather than self-protection, then self-defense would be unavailable. Furthermore, we have to consider that if US eliminates the leaders of Al Qaeda in Afghanistan, there remain in other countries around the world other members of Al Qaeda who can attack against the US.⁴¹

Opponents of the war said that the US attacks weren't proportional, and weren't military in nature, but rather political. The Taliban isn't simply an army and its members are largely civilians. Sometimes US has attacked civilian objects and has undoubtedly made mistakes. Whether the US attacks were excessive, is subjective in its analysis. Could hundreds of innocent Afghan civilians outweigh the life and security hundreds of US citizens? US government strongly denied that its military targeted Afghan civilians and there was a trend that US used at the end of the war ground forces as the primary weapon instead of air strikes and it led to less civilian casualties.

³⁷The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 45)

³⁸The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 47-48)

³⁹The legality of the United States War on terror... (Afghanistan 1 p. 7)

⁴⁰Formulation of a state's response to terrorism and state-sponsored terrorism (Afghanistan 1.pdf p. 83)

⁴¹The Afghanistan War and Self-Defense (Afghanistan 1.pdf p. 48)

3. Conclusions

From the disputes lightens that the notion of anticipatory self-defense belongs not in the content of the self-defense in Art. 51. United States declared a new foreign policy in September 2001: the US Government will defend the US with armed force when it's necessary, also in an anticipatory way.⁴² In my opinion, the judiciary problems of terrorist attacks illustrated in this essay, must be solved, but also we have to consider that the US didn't want to use only legal tools whatever happens. Therefore we have to analyze this case mistrustfully against the real intentions of the US government.

The connection between the Taliban and Afghanistan seems to be a legal ground of self-defensive attacks against Afghanistan when the other legal conditions exist. Terrorist attacks on September 11 could have been "armed attacks", but there wasn't a threat of further terrorist attacks clearly.

Unimaginable attacks can be very dangerous, but a too wide interpretation of self-defense leads to the depletion of the principles of the UN Charter and of the *ius cogens*. The security of a country is very important, but it mustn't be acceptable by the law to "shoot on everyone" who a bit suspect is. Anticipatory self-defense seems to be illegal when another country or organization has only the intention to fight, but there isn't an armed attack already in progress, or there isn't a realistic, immediate threat. Having dangerous weapons or making declarations mustn't authorize another state to start anticipatory self-defensive armed attacks. And we mustn't forget that US had enough time to approach the Security Council.

⁴²Louis-Philippe Rouillard: The Caroline Case... p. 2

A SZERVEZETT BŰNÖZÉS FOGALMÁNAK MEGJELENÉSE A BÜNTETŐJOGBAN

NÓRA SZÉLES

A szervezett bűnözés fogalmának meghatározásával kapcsolatos kérdések

A szervezett bűnözés elleni hatékony büntetőjogi fellépés egyik kulcselemének számít a szervezett bűnözés fogalmának megjelenése és hatékony alkalmazása a büntetőjogban.

Mivel a fogalom problematikája sokkal inkább kriminológiai kérdés¹, ezért ez a kriminológiai megközelítésből indulok ki, hiszen a büntetőjog, mint szankcionáló jogterület előszeretettel használja fel a kriminológiai kutatások eredményeit a sikeres fellépés érdekében. Majd ezt követően térek rá a szervezet bűnözés fogalmának megjelenésére és változására a magyar büntető törvénykönyvben.

A szervezett bűnözés definiálásának metodológiája körül kialakult viták

A szervezett bűnözés ontológiájának kérdése körül kialakult viták eredményeként megállapítható, hogy bár országonként, régióként, történelmi időszakokként eltérő formációkban, de jelen van nem csak Olaszországban, Amerikában, Ausztriában, Nyugat-és Kelet-Európában, hanem azánkban is a szervezett bűnözés.²

Ebből a megállapításból adódik az a probléma, hogy hogyan határozhatjuk meg a szervezett bűnözés kategóriáját. A fogalom definiálásának módszertana körül kialakult elméleti konfliktusok miatt elég nehéz a szervezett bűnözés fogalmát tökéletesen definiálni.³

Egyes kriminológusok az elméleti rendezetlenség feloldása céljából sürgetik egy *egységes definíció* megalkotását, "mivel nem lehet az ellen küzdeni, amit nem definiálunk kielégítően".⁴ Mindemellett megfigyelhető, hogy különböző jogrendszerekben használják a szervezett bűnözés fogalmát a jogban, különböző összefüggésekben. Az 1990-es években egy Büntetőjogi Kerekasztal ülésen a szakemberek hangsúlyozták, hogy nincs tudomásuk arról, hogy eddig bármelyik országban sikerült volna legalább egy "értelmező rendelkezés formájában" definícióval szolgálni.⁵ Annak el lenére, hogy például Németországban külön törvény létezett már 1992-től a szervezett bűnözésről (az OrgKG 1992.junius 15.), nem szerepelt e törvényben a szervezett bűnözés fogalma.

A szervezett bűnözéssel foglalkozó szakemberek álláspontja e kategória megragadásának metodológiája körül kialakult viták tekintetében két részre osztható: egy része egy konkrét fogalomban gondolkodik, a másik rész viszont a szervezett bűnözés ismérvein keresztül kívánja azt meghatározni.

1.) A szervezett bűnözés kategóriájának megjelenése egy konkrét fogalomban

A szakemberek egyik fele szerint a szervezett bűnözést, mint *fogalmat definiálni kell és lehet*, de egyelőre még nincs szó törvényi szintű definiálásról napjainkig⁶, ezáltal egy bizonytalan úrt hagyva

¹ Jean Pradel: Les systemes penaux a l'epreuve du crime organisé, Le rapport general de section III.- procedure penale aux congres XVI. de l'A.I.D.P. p.2.

² Dr. Katona Géza: A magyarországi szervezett bűnözés kutatásairól Rendészeti Szemle 1993/9. 35. old

Horváth András: A szervezett bűnözés néhány gyakorlati tapasztalata Rendészeti Szemle 1994/10. 3. old.

³ Anita TrinkfáB: Szervezett bűnözés Rendészeti Szemle 1993/6. 97. old.

⁴ Lindlau Dagobert: Der mob Recherchen zum organisierten Verbrechen Hamburg 1988.343.old.

⁵ Dr. Györgyi Dóra: Büntetőjogi kerekasztal megbeszélések Magyar Jog 1997/5.312.old

Jean Pradel: idem. 3. p.

⁶ Balogh Endre: A szervezett bűnözés fenomenológiája Németországban Rendészeti Szemle 1993/8. 103.old.

Váradi Erika: Szervezett bűnözés hétköznapi erőszak megelőzése Belügyi Szemle 1997/3.118.old

maga után ahhoz, hogy az országok eredményesen tudjanak fellépni a szervezett bűnözés ellen saját jogszabályaikkal.

Bár már 1988-ban felmerült a bűnözés e szelvényének definiálási kérdése, melyek eredményeként a következő definíciók születtek az Interpol kezdeményezésére:

"bármely önkéntes alapon szerveződő személyek csoportosulása vagy vállalkozása, ami egy folyamatos illegális tevékenység végzésében nyilvánul meg, melynek fő célja a hasznoszerzés országhatároktól függetlenül" (Premiers symposium international de l'Interpol sur la criminalité organisée Saint-Claud, France, mai 1988)⁷

Olaszország, Spanyolország és Németország hiányolta a fogalomból a szervezett vezetési rendszerére történő bárminemű utalást.

A BKA egy csoportja (német rendőrség) a következőképpen határozta meg a szervezett bűnözést: *" olyan személyek csoportja, akik egy meghatározott időszakon túl szándékosan működnek együtt illegális tevékenységek végzésében, feladatmegosztás alapján, előszeretettel használva a modern infrastrukturális rendszereket, azzal a céllal, hogy lényeges profitot halmozzanak fel olyan gyorsan, ahogyan csak lehetséges "*. Az amerikai és kanadaiak szerint, ez a definíció nékülözi az "erőszak alkalmazásának" fogalmi elemként történő feltüntetését, melyet igen gyakran eszközként használnak a profit realizálására vagy annak biztosítására.

Ennek a hiányosságnak a kiküszöbölésére született meg a következő definíció, amit az Interpol szervezett bűnözés elleni osztálya használt az 1990-es években: *"szervezett struktúrával rendelkező olyan csoport, amelynek elsődleges célja a felfelé és a korrupció felhasználásával, az illegális tevékenységeken keresztül pénzszerzés"*⁸

Az amerikai szövetségi nyomozóiroda által 1980 óta használt definíció⁹ (melyet a Pennsylvania Crime Commission határozott meg), szerint a szervezett bűnözés nem más, mint *„saját magukat állandósító, strukturált, fegyelmezett egyénekből álló szervezet vagy csoport, mely együtt szövetkezik anyagi hasznoszerzés céljából, vagyis egészben vagy részben illegális anyagi források megszerzése a céljából. Mialatt a tevékenységeiket korrupció és vesztegetés révén védik.”*¹⁰

Az időmúlásával az Interpol is változtatott az általa korábban használt szervezett bűnözés meghatározásával kapcsolatos fogalmon még pedig úgy, hogy szélesítette a korábbi fogalmat: *„bármely csoport vagy szervezet mely illegális tevékenységet folytat profit szerzése céljából, nemzeti határoktól függetlenül”*¹¹.

Egy kanadai tanulmányban **Samuel D. Porteous** (L'étude d'impact du crime organisé points saillants) rávilágít arra a tényre, hogy egyesek szívesebben határoznák meg a szervezett bűnözés

J.Pradel: idem. 3.p.

⁷ Rapport general: Les systemes de justice criminelle face au défi du crime organisé, redigé par Christopher L. Blakesley, Revue International de droit penal 1998, p.39.

Pradel: idem. p.3.

⁸ Le rapport general de Section II. idem. p.39.

Notes below abstracted from book " Interpol " by Fenton Bresler Penguin, London, 1992. ISBN0-670-84070-x.

Luz Estella Nagle: The challenge of fighting global organized crime in Latin America, Fordham International Law Journal, June, 2003, 1685. old.

⁹ Amerikában a '60-as '70-es években a szervezett bűnözést eltérően értelmezték a hatóságok, két véglet létezett: az egyik szerint a szervezett bűnözés alatt La Cosa Nostra értendő, míg a másik véglet szerint a szervezett bűnözés magába foglalja a kettőnél több egyénekből álló csoportot, mely bűncselekmény elkövetésére jött létre. Erre a veszélyes visszasságra a General Accounting Office 1977-es jelentése mutatott rá először. (General Accounting Office 1977: War on Organized Crime Faltering, Washington DC, US Government Printing Office)

¹⁰ Rick Linden: Criminology, Harcourt Canada Ltd. 2000, 431-432 old.

Craig M. Bradley: Anti-racketeering legislation in America, American Journal of Comparative Law Fall 2006, 678-679 old.

¹¹ Gwen McClure, The Role of Interpol in Fighting Organized Crime, 481 Int'l Crim. Police Review (2000), Interpol, at http://www.interpol.int/Public/Publications/ICPR/ICPR481_1.asp,

Susan W. Brenner: Organized crime/ How cyberspace may affect the structure of criminal relationships, North Carolina Journal of Law & Technology Fall 2002, 8-9 old.

fogalmát rövidebben, mégpedig úgy, hogy csak egy olyan szervezeti modellre alkalmazzák, amely a szervezeti strukturáltság egy specifikus típusával rendelkezik, és amely egy előre meghatározott bűncselekmények csoportját követi el.

Ezzel a felfogással **S.D. Porteous** nem értvén egyet, egy másik megközelítést vesz át. Mivel egyre jobban nyilvánvaló, hogy némely szervezett bűnözői csoport, köztük a legismertebbek és sok "kiemelkedőnek" titulált csoport makacsul visszautasítják, hogy tevékenységi körük egy előre meghatározott "szabvány listán" szereplő tevékenységekből álljon, úgyszintén nem alkalmazkodnak bármilyen "előírt" szervezeti struktúrához.

Következésképpen a tanulmány szerzője azoknak az oldalára áll, akik azon a véleményen vannak, hogy jobb lenne egy sokkal általánosabb definíciót választani. Ezek alapján a következő definíciót tarja fenn a tanulmányában **Porteous**¹²:

"illegális tevékenységben megnyilvánuló haszonszerzés által motivált olyan csoportok, társaságok, szervezetek, amelyek két vagy több személyből állnak, meghatározott vagy meg nem határozott struktúrával rendelkeznek és a mely szervezetek tevékenységei magukba foglalják az erőszakot, melyek negatív következményei rendkívül jelentősek a társadalomra, gazdaságra."

E definíció kulcseleme a "haszontól vezérelt", ami jelenti, hogy tevékenységüket az illegális anyagi javak megszerzése motiválja. Más bűnös tevékenységből, ami a "szervezettség" által lehet minősített, de ami főképpen más objektumokat vesz célba (pl: politikai célpontok) nem képezi - nagyon helyesen - a szervezett bűnözés definíciójának alkotóelemét.

Ez mindenestre egy tágabb definíció a tekintetben, hogy csak 2 személy jelenléte szükséges, a definíció szerint, akik egy bűnös vállalkozásba társulnak. Az ok, amiért a szerző átvette a szervezett bűnözés ugyanolyan széles körű definícióját az az, hogy bele szeretne foglalni az illegális tevékenységek széles körű listáját, kiküszöbölve a vita lehetőségét, amely az elemi kérdésektől a lényegi kérdésekig terjedt volna.

S.D. Porteous véleménye szerint, ebben a kérdésben úgy kell eldönteni, hogy lépünk túl a szervezettség kérdésén, hiszen a szervezett bűnözés nem mindenek előtt szervezett, gondolva itt arra a felismerésre, hogy sok csoport nem rendelkezik szilárd szervezeti struktúrával és egy központosított székhellyel, továbbá előfordulhat az is, hogy változó csoportkeretek közt tevékenykednek.¹³

Jean-Pierre Charbonneau azon az állásponton van, hogy az alvilág nem egy szervezet, hanem egy környezet, mely környezet banditákból dealerekből és a bűnözők bármely típusából áll. Ezen a milliók közül többféle csoport, klán szervezett létezik, néhányan hatalmasak, jól szervezettek és stabil felépítésűek, míg mások véletlenül szerveződő csoportok, néhány csoportosulás pedig rendelkezik ideiglenes szövetséggel is.

Margaret Beare úgy foglalja mindezt össze, hogy a szervezett bűnözés a bűncselekmények elkövetési módja, nem egy tipikus vagy önálló bűncselekmény.¹⁴

Az e témában született egyik legfontosabb nemzetközi egyezmény az ENSZ Határokon átnyúló szervezett bűnözésről szóló 2000. december 12.-ei egyezménye, mely szerint a „szervezett bűnözői csoport egy olyan három vagy több személyből álló strukturált csoport”¹⁵

¹² Samuel D. Porteous, Porteous Consulting. Étude d'impact de la criminalité organisée : points saillants. Solliciteur général du Canada, 1998. Les points saillants sont attachés à l'adresse suivante : www.sgc.gc.ca/Publications/Policing/1998orgcrim_f.asp

¹³ L'étude d'impact du crime organisé points saillants, rédigé par Samuel D. Porteous, <http://www.sgc.gc.ca>

¹⁴ Rick Linden: Criminology, Harcourt Canada Ltd. 2000, 431.

¹⁵ Az egyezmény szerint a strukturált csoport nem más, mint egy olyan csoport amely nem véletlenszerűen jött létre azonnali bünelkövetésre és nincs szükség formálisan meghatározott szerepekre a csoporton belül, valamint nincs szükség a tagság folytonosságára és a fejlett strukturáltságra sem.

bűncselekményt kövessenek el - az egyezményben felsorolt bűncselekmények közül - abból a célból, hogy közvetve vagy közvetlenül pénzügyi vagy más anyagi haszonhoz jussanak".¹⁶

A másik álláspont szerint, a szervezett bűnözés kategóriájának megragadása célszerűbb jellemző ismérveken keresztül, hiszen a pontos definiálásnak éppen az az akadálya, hogy a bűnözés e szelvénye az éppen fennálló gazdasági, társadalmi és politikai körülményekhez idomul, ezáltal állandóan változik, de bizonyos fő ismérvei megmaradnak.

2.) A szervezett bűnözés fogalmának megközelítése jellemző ismérveken keresztül

A szervezett bűnözéssel foglalkozó szakemberek másik része (**Cyrille Fijnault, A natoli Volobuev, Michael D Maltz, Vincenzo Ruggiero, Frank Pearce, Michael Woodiwiss, Donald Lavey, Klaus von Lapme**),¹⁷ szerint a szervezett bűnözés fogalmát nem lehet precízen definiálni,¹⁸ inkább meghatározzák a szervezett bűnözésre jellemző néhány felismerhető, jellemző vonását, amelyek e bűnelkövetési alakzat bármely fajtájánál jelentkezik. Ezek az ismérvek a következők¹⁹:

1. Több személy tartós összefonódása,

2. Hierarchikus szervezeti struktúra, amely lehet :

Két lépcsős:

- vezetők, akik az utasításokat adják,
- végrehajtók,

Több lépcsős:

- legfelsőbb vezetés, " szindikátus modell ",
- hierarchia szintjén alacsonyabb fokon álló főnökök - " kapitányok ",
- végrehajtók, " katonák ",

3. Tervezett eljárás munkamegosztással,

Bűncselekmények felderítése, elkövetése és a zsákmány értékesítését is jellemzi.

4. Illegális üzletek folytatása legális üzletek mellett,

5. Rugalmas bűnözési technológia, a bűnözési módszerek megválasztásának sokoldalúsága,

6. Modern infrastruktúra tudatos felhasználása,

7. Nemzetközi kapcsolatok mobilitása,

8. Nyereségre, haszonszerzésre való törekvés.

9. Nem eseti jelleggel történő elkövetések, hanem huzamosabb ideig létezik a bűnözői csoport.

¹⁶ Súlyos bűncselekmény a legalább szabadságelvonás járó intézkedéssel, vagy minimum négyéves szabadságvesztéssel sújtott bűncselekmények.

http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_eng.pdf

¹⁷ CarrieLyn Donigan Guymon: International legal mechanisms for combating transnational organized crime: the need for a multilateral convention, Berkeley Journal of International Law 2000,55-56 old. , melyet határozatlan időre hoztak látni, és az elkövetési tények megvalósulásától függetlenül a szándékkal, hogy egy vagy több súlyos Journal June, 2003, 1654-1655 old.

¹⁸ Anita TrinkfaB: Szervezett bűnözés, Rendészeti Szemle 1993/6. 97.old., James C. Hackler: Canadian Criminology, Prentice-Hall Canada Inc. 2000. 268. old., Jay Livingston: Crime & Criminology, Prentice Hall, Inc. 1992, 265. old.

¹⁹ Dr. Borai Ákos: A szervezett bűnözés büntetőjogi kérdései, Rendészeti Szemle 1992/5. 13.old.

Rapport general: Les systemes de justice criminelle au défi du crime organisé, rédigé par Christopher L. Blakesley, Revue International de droit pénal 1999, de section II.

Michael Maltz: Defining Organized Crime in Handbook of Organized Crime in the U.S.A., edc. Kelly, Ko-Lin Chin and Schatzberg 1994, p. 26.

Victor E. Kappeler-Gary W. Potter: The mythology of crime and criminal justice, Waveland Press, Inc 2005. 118-119. old.

Rick Linden: Criminology, Harcourt Canada Ltd. 2000, 430-432. old

Jay Livingston kriminológus szerint ez az utóbbi kritérium különbözteti meg a szervezett bűnözést a bűnözés más formáitól.²⁰

A szervezett bűnözés kritériumainak meghatározása terén vannak ellentétes álláspontok is természetesen, de azt, hogy a szervezett bűnözés a bűnözés minőségileg veszélyesebb fokát igazolja, egyetlen kriminológiai irányzat sem vitatja.²¹

Néhányan a fent említett kritériumok mellé még más jellemzőket is szükségesnek tartanak. Ilyen ismérvek a következők:

1. Konspiráció,(Dr. Cserei Gyula, Vidékiné Farkas Anikó),
2. Kultivált bűnözési területek,(Dr. Katona Géza),²²
3. Az elkövetői kör jellemzése (Dr. Katona Géza),
4. Az esetleges lebukásra az ellenintézkedéseket kidolgozzák, sőt jogi védelemről is gondoskodnak,(Vidékiné Farkas Anikó),
5. Tagoktól nagymértékben önállósult struktúra²³, (Dr. Fülöp Sándor),
6. Korrupció és erőszak alkalmazása (Tom Naylor)²⁴

Ez a többi ismérvvvel kapcsolatban **Jay Livingston** megjegyzi, hogy a szervezett bűnözés nagyon gyakran jár kéz a kézben a korrupcióval, ám létezik olyan szervezett bűnözői csoport is, mint például a törvényen kívüli motoros bandák, a kik körében még nem igazán elterjedt a korrupció alkalmazása (legalábbis a '80-as évek végén még nem volt jellemző).²⁵

Érdekes megközelítés **Klaus von Lampe** fogalom meghatározása aki a szervezett bűnözés fogalmát háromféleképpen közelíti meg a fenti ismérvek csoportosításán keresztül: 1.) a szervezett bűnözés tevékenységi köre felől, 2) szervezetiség felőli megközelítés és a 3) felépítés felőli megközelítés, mely a második megközelítéstől annyiban különbözik, hogy a szociális és politikai tényezőkre koncentrálnak.²⁶

Érdekességként említhető meg az utóbbi évtized kutatásainak eredményeként született brit megközelítés (SOCA), mely a szervezett bűnözést az általa „támadott” területeken keresztül határozza meg. Ez a megközelítés 4 területre koncentrálnak: 1.) a kormány és a gazdaság megkárosítása, a bevételek kisebb mértékű bevallásán és a társasági adók fogyasztókra történő áthárításán keresztül, 2.) egyének történő közvetlen vagy közvetett károkozása, mint kábítószer használók és kábítószer függők általi bűnelkövetés. 3.) a szervezett bűnözés erőszakos, antiszociális magatartásától megbénult közösségek, (kábitószer fogyasztás, alkohol csempészés). 4.) észlelt kapcsolat és közös jellemzők a szervezett bűnözés és a terrorizmus között.²⁷

²⁰ Jay Livingston: Crime & Criminology, Prentice Hall, Inc. 1992, 265.-267. old.

²¹ Dr.Cserei Gyula: A magyarországi szervezett bűnözés és főbb jellemzői egy ügyészégi vizsgálat tükrében Magyar Jog 1989/7-8. 665. old.

²² Katona Géza: A magyarországi szervezett bűnözés kutatásának módszertani kérdéseiről, Rendészeti Szemle 1993/9.35. old.

²³ Dr. Fülöp Sándor: A szervezett bűnözés ismérvei - Ügyészégi Értesítő 1993/2. 37.old.

²⁴ James C. Hackler: Canadian Criminology, Prentice-Hall Canada Inc. 2000. 268. old.

²⁵ Jay Livingston: Crime & Criminology, Prentice Hall, Inc. 1992, 267. old.

²⁶ Luz Estella Nagle: The challenges of fighting global organized crime in Latin America, Fordham International Law Journal June, 2003, 1654 old.

²⁷ Clive Harfield: A Paradigm Shift in British Policing, British Journal of Criminology July, 2006, 744. old.

1) *Af eltétlen é rvényesülést k ívánó is mérvek*, melyek a m ár f elsorolt szakemberek ú n. ismérvcsoportosításában mind jelen vannak. Pl:

- Munkamegosztás,
- Hierarchikus felépítés, sajátos belső struktúra,
- Önbiztosító védekezési mechanizmusok kiépítése,
- Haszonszerzésre, nyereségre törekvés,
- Foglalkozásszerűség,
- Legális gazdasági vállalkozásokba való részvétel,
- Nemzetközi kapcsolatok léte,
- Erőszak és/vagy korrupció alkalmazása
- Nem ad hoc alkalom szerű szerveződés, elkövetés.

2) *Az e setleges is mérvek*, melyek m eglétének s zükségessége vitatott a sz ervezett bűnözés megállapításánál, hiszen nem feltétlenül minden szervezett bűnözői csoportra jellemző. Pl.: etnikai alapokon szerveződés, tagokból nagymértékben önállósult struktúra, a szervezettségi fok eltérő és részletes meghatározása, nemzetközi kapcsolatok stb.

B) Negatív ismérvek

Itt elsősorban olyan csoportos bűnelkövetői alakzatokat kell említeni, amelyek esetenként szervezett bűnözés ismérveinek megfelelnek, de nem mindig, vagy egyáltalán nem azonosítható a szervezett bűnözéssel (bár a közvélemény és a média gyakran azonosítják, szinonim fogalomként használják). Mint:

- Maffia bűnözés (határokon átnyúló szervezett bűnözés, nemzetközi szervezett bűnös),
- Bűnözői szindikátusok,
- Terrorszervezetek,
- Bandabűnözés,
- Bűnszövetség,
- Bűnszervezet.

Ezen kategóriák ún. "negatív ismérvként" említése természetesen vitára adhat, de ezen megjelöléssel csak azt szerettem volna kiemelni és aláhúzni, hogy ha szervezett bűnözésről beszélünk, akkor semmiképpen sem használhatjuk szinonim fogalomként az alábbiakban részletezett bűnös és bűnelkövetői csoportokat.

A szervezett bűnözés fogalmi kritériumai nem is az egyes kritériumok megalapozottsága, mint inkább az on k érdés v itatható, h ogy v ajon a s zervezettség m egállapításához v alamennyi k ritérium együttes jelenléte szükséges-e, vagy ezek egy részének kimutathatósága már elegendő.²⁸

A következőkben ezen ún. "negatív ismérveket" szeretném vázlatosan elemezni, rávilágítva azon sajátosságokra, amelyek csak és kizárólag ezeket a csoportokat jellemzik és nem általában a szervezett bűnözést.

B.1. A maffia bűnözés

A maffia szó jelentésétől, illetve történetének elemzésétől e fejezet keretei közt eltekintek, mivel ezt már az első fejezetben meg tettem.

Az első fejezetben már elemzett Cosa Nostra, Ndraghenta (Olaszország), La Cosa Nostra (USA), Triádok (Kína), Jakuzza (Japán) mindenki által ismert bűnszervezetekben a közös, hogy maffiának

²⁸ Dr. Katona Géza : A magyarországi szervezett bűnözés kutatásának módszertani kérdéseiről Rendészeti Szemle 1993/9. 35.old.

lehet nevezni, mivel sok közös ismervük van: etnikai alapokon szerveződnek, módszerük az erőszak, a megfélemlítés, uralkodás a helyi lakosokon, összefonódás a hatóságokkal, mindenk felett elsősorban az anyagi haszonszerzés által motiváltak, huzamosabb időn keresztül büncselekmények elkövetése, rendkívül jól szervezettek, a büncselekményekből származó bevételt a legális gazdaságon keresztül próbálják újraforgatni, nem kevés sikerrel, gyakran nemzetközi kapcsolatokkal és magas szervezettségi szinttel rendelkeznek²⁹.

Észak-Amerikában két álláspont létezik ezzel kapcsolatban, az egyik álláspont képviselője **Cressey, Smith, Chandler, Cook, Demaris, Bequai kriminológusok**, akik szerint a szervezett bűnözés nem más mint olyan bűnöző családok monolitikus szövetsége, amely tagjai olasz felmenővel rendelkezik.

Míg a másik oldalt képviselő kutatók szerint nincsen centralizált vezetésről szó (**Reuter, Haller**), inkább a szervezetek egymással partnerkapcsolatban működnek, mintsem egy komplex bürokráciában³⁰.

Giovanni Falcone 1992-ben tragikus körülmények között elhunyt vizsgálóbíró szerint: "a maffia olyan veszélyes jelenség..., egy olyan bűnszövetkezet, amely kiépült gazdasági rendszerrel tiltott tevékenységet folytat, **államot alakít ott, ahol az állam tragikus módon nincs jelen.**"³¹

Viszont a szervezett bűnözés és a maffia közé nem tehetünk egyenlőségjelet, ezt a tényt támasztja alá **Dagobert Lindlau** megállapítása is: "Bár a maffia szervezett bűnözés, de nem minden szervezett bűnözés maffia."³² És ez azért is igaz, hiszen a maffiának jól szervezett felépítése és széles körű a tevékenységi köre van, mely se gítségével nagy területeket fog át, gyakran több országot is. Azonban hibás lenne az a manapság gyakran hangoztatott kijelentés, mely szerint a szervezett bűnözés egyenlő lenne a maffia jellegű szervezetekkel. Hiszen a fogalom jóval tágabb körű, mintsem hogy csak a maffiára asszociáljunk. Szintén a maffia jellegű szervezetek tekintetében megállapíthatjuk, hogy az utóbbi évtized nemzetközi szintű jogalkotói tevékenysége (ENSZ egyezmény a határokon átnyúló szervezett bűnözésről) és az ehhez kapcsolódó felfogás a szervezett bűnözés fogalmát mindinkább a magas szervezettségi fokkal rendelkező bűnszervezetek felé tolja el, melyek nemzetközi kapcsolatokkal rendelkeznek³³

²⁹ Jay Livingston: Crime & Criminology, Prentice Hall, Inc. 1992, 271-277. old.

James C. Hackler: Canadian Criminology Strategies and perspectives, 2000 Prentice-Hall Canada Inc. 274-275. old.

Rick Linden: Criminology, 2000. Harcourt Canada Ltd. 436. old.

CarrieLyn Donigan Guymon: International legal mechanisms for combating transnational organized crime: the need for a multilateral convention, Berkeley Journal of International Law 2000, 56 old.

Scott Zambo: Digital Law and Computer Fraud and Abuse Act's Failure to Punish and Deter Organized Crime, New England Journal on Criminal and Civil Confinement Summer, 2007, 558 old.

³⁰ Rick Linden: Criminology, 2000. Harcourt Canada Ltd. 432. old.

Victor E. Kappeler- Gary W. Potter: The Methodology of Crime and Criminal Justice, 2005 Waveland Press Inc. 118-119. old.

Susan W. Brenner: Organized Crime/ How Cyberspace may affect the structure of criminal relationships, North Carolina Journal of Law & Technology Fall 2002, 5-7., 8-11. old.

³¹ Bolyai Imréné: Cosa di Cosa Nostra Belügyi Szemle 1996/10. 121. old.

³² Lindlau Dagobert: Der mob Recherche zum organisierten Verbrechen Hamburg, 1988. 343. old.

³³ David Levinson edit: Encyclopedia of crime and punishment, Sage Publications 2002, 1116. old.

azáltal, hogy együttműködik a terrrorszervezetekkel.⁴³ Mindez megkönnyíti a két fogalom összemosását és annak a kérdésnek a felvetését eredményezi, hogy vajon a szervezett bűnözői csoportok által uralt városokban, területeken az általuk alkalmazott fegyveres összetűzésekre figyelemmel, nem kellene-e a nemzetközi humanitárius jogot alkalmazni.⁴⁴ A hozzáértők számára ez nem képezheti kérdés tárgyát, azonban maga a kérdés felvetés is bizonyítja, hogy nem csak a közvélemény keveri össze a két fogalmat. Bár már nemzetközi szinten is jelentkezett már a terrorizmus fogalmának definiálási törekvései de mindez idáig nem vezetett eredményre.⁴⁵

Hazánkban **Vidékiné Farkas Anikó** ad egy elég világos definíciót egy 1996-os cikkében a terrorizmusról: "A közrend megzavarása, a kollektív vagy az egyéni vállalkozás eszközével történik. A terrorizmus hatalom, illetve ellen hatalom megszerzésére törekszik, a terrorista szervezet olyan bűnszervezet, amely **nem pénzközpontú**, mint az olasz maffiák."⁴⁶ (Megjegyzés képen hozzátennem, hogy a fogalomban szereplő bűnszervezet alatt nem a Btk.138§. 8. pontja értendő, hiszen a fogalom 1996-os, a Btk-beli meghatározás pedig 1998-as.)

Viszont **Máramarosi** használja a szuper terrorizmus fogalmát, amely a szervezett bűnözés elemeit is magába foglalja.⁴⁷

Az Európai Unióban a terrorizmussal kapcsolatban létező fogalom, melyet a 2002/475/IB kerethatározat fogalmaz meg, és a bűnszervezet 1998/733/IB kerethatározatban foglalt fogalmára építi. E szerint a kerethatározat szerint a terrorista csoport nem más, mint egy kettőnél több személyből álló, meghatározott időn túlra létrehozott strukturált szervezet, mely összehangolt fellépésével terrorcselekményeket követ el. A strukturált szervezet egy olyan szervezetet jelent, mely nem véletlenszerűen lett létrehozva egy bűncselekmény azonnali elkövetése céljából, nincs szükségszerűen formális szerepmegosztás a tagjai között, illetve folytonosság a létrehozásában, valamint nem szükségszerű a szervezet összetételében a folytonosság és a kiépített strukturáltság.⁴⁸

Mivel a terrorizmus fogalma nem tisztázott, egyetlen dolog látszik bizonyosnak: a terrorizmus nem mosható össze a szervezett bűnözéssel.⁴⁹ (Hatályos Btk-nk helyesen elválasztja a kettőt, így a terrorcselekményt, mint különös részi tényállást a 261.§ alatt szabályozza, addig a szervezett bűnözéssel kapcsolatos fogalmat a bűnszervezetet a 137.§ 8. pontja alatt az általános részben szabályozza.) Ennek az okai nemcsak a terrorizmus kialakulási okaira, ismérveire, hanem megjelenési formáira is visszavezethetőek, hiába fonódik össze a szervezett bűnözéssel pl: Franciaországban, Spanyolországban⁵⁰

⁴³ Erre ideális példa a drog kartellek és a columbiai FARC gerilla csoport együttműködése, ezzel kapcsolatban a "narko-terrorizmus" fogalma. Illetve ha az afrikai térséget nézzük, nagyon sok fegyveres konfliktus gócpontja körül volt és jelenleg is található a szervezett bűnözői csoportok tevékenysége.

Report of the African Regional Preparatory Meeting for the Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, A/CONF.203/RPM.3, 4. P.

Luz Estella Nagle: The challenges of fighting global organized crime in Latin America, Fordham International Law Journal June, 2003, 1663-1664 old.

⁴⁴ 2008. június-ban az Ottawai Egyetem jogi karán tartott nemzetközi humanitárius jogi kurzuson való részvétel során szervezett személyes tapasztalat.

⁴⁵ Alexandra V. Orlowa-James W. Moore: "Umbrellas" or "Building blocks"?: Defining international terrorism and transnational organized crime in international law, Houston Journal of International Law Winter 2005, 275-277 old.

There is no UN definition of terrorism : <http://www.eyeontheun.org/facts.asp?1=1&p=61>

⁴⁶ Vidékiné Farkas Anikó : A francia rendőrség szervezett bűnözés és pénzmosás elleni fellépése Ügyészek Lapja 1996/6. 105.old.

⁴⁷ Máramarosi Zoltán: A századvég terrorizmusának természetrajza Rendészeti szemle 1992/2. 20-21.old.

⁴⁸ 2002. június 13.-ai (2002/475/IB) kerethatározat, <http://www.eur-lex.europa.eu>. Ezt a határozatot a 2008/919/IB módosította 2008. november 28-án elfogadott tanácsi határozat, azonban a terrorizmus fogalmát nem érintette.

⁴⁹ Dr. Balla Péter: Adalékok a terrorizmus fogalmához, Belügyi Szemle 1995/10. 36.old.

⁵⁰ Vidékiné Farkas Anikó: A francia rendőrség szervezett bűnözés és pénzmosás elleni fellépése Ügyészek lapja 1996/6. 105.old.

A szerző megjegyzése, hogy nemcsak Franciaországban, hanem Spanyolországban, illetve Görögországban is megfigyelhető ez a fajta összefonódás. Lsd: General rapport de section II. de congres de l'A.I.D.P. XVI. R edigé par Ch.L.Blakesley. Revue International de droit penal p.49.

Tehát a lényeges különbség a két kategória között a *haszonszerzésre való törekvés* megléte vagy meg nem léte, továbbá hogy a terrorcselekmények rendszerint *politikai objektumok ellen irányulnak politikai vagy vallási célzat által vezérelve*.⁵¹ Így csak az az állítás igaz, hogy a terrorizmust csak akkor nevezhetjük szervezett bűnözésnek, ha a kifejezést nyelvtani értelemben vizsgáljuk. Bár vitathatatlan a szervezett bűnözés és a terroriszervezetek kapcsolata.⁵²

B.4. Bandabűnözés

A kriminológusok azon része, amely tagadja a bűnözői szindikátusok létezését nem vitatja azt a tényt, hogy léteznek a szervezethez alacsonyabb fokán álló bűnözői "tömegek, bandák" Nyugat-Európában is, akárcsak Észak-Amerikában⁵³. Melyek tekintetében a legjellemzőbb eltérés a szindikátustól, hogy:

- Nem rendelkeznek politikai kapcsolatokkal,
- Nem áll rendelkezésükre a hivatalnokok megvesztegetésének lehetősége,
- Nincsen vagy csak kevés befolyásuk van a legális kereskedelemre vagy iparra,
- Minőségileg kevesebb, mint a szindikátus.⁵⁴

Halmacher a "banda" jellemzésére a következő kategóriákat használja:

1. a banda vezetője valamelyik tag,
2. a bűncselekmények egy meghatározott körzetre, időbeli vagy tárgyi összefüggésre korlátozódnak - tehát a banda rendszerint megmarad a meghatározott alkalmak és lehetőségek kihasználásánál,
3. a tagok minden további nélkül kiválhatnak, más bandákhoz csatlakozhatnak⁵⁵

Némiképp ezzel ellentmondásosak az észak-amerikai, azon belül is a kanadai meghatározások. Kanadában is létezik ez a fogalom a törvényen kívüli motoros bandák tekintetében (*des bandes de motards en hors-la-loi*), amelyeket először jelentésekben és bírósági ítéletekben találhatunk meg. Ilyen például a következő fogalom is:

"*egy meglehetősen egyforma életstílust folytató motorosokból álló csoport, a kikerülő erényes törvényen-kívüliség tart össze*" a törvényen kívüli elnevezés arra szolgál, hogy megkülönböztessék őket azoktól a motorosoktól, akik tiszteletben tartják a törvényt."⁵⁶

Egy 1996-os bírósági ítéletben, Ontario bíróságának bírójára D.S.Ferguson a következő meghatározást adta a motoros bandák tekintetében:

"*testvériség által összetartozottak, akik közt a lojalitás kötelező halálbüntetés terhe mellett, egy paramilitáris struktúrában megjelenő, bűnözői m egszálló csoport, a kik fontos biztonsági*

⁵¹ Legislative Guide to the Universal Anti-Terrorism Conventions and Protocols, Prepared by the United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations New York, 2003, http://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/explanatory_english2.pdf, à la p. 14. Voir aussi : BEN GOLDBER AND GEORGE WILLIAMS : What is terrorism? Problems of legal definition, UNSW Law Journal, Volume 27(2), à la p. 270-274, http://www.tamilnation.org/terrorism/terrorism_definition.pdf.

G.De.Vericourt: A mafia, Alexandra Kiadó (Budapest), 1999., 22-36 old.

Susan W. B renner: Organized crime? How cyberspace may affect the structure of criminal relationships, North Carolina Journal of Law & Technology Fall 2002, 9 old.

W. Michael Reisman, Symposium Legal Responses to International Terrorism: International Legal Responses to Terrorism, Houston International Law Journal (1999).10-11 old.

⁵² G.De.Vericourt: A mafia, Alexandra Kiadó, 1999. 22-36.old

Susan W. B renner: Organized crime/ How cyberspace may affect the structure of criminal relationships, North Carolina Journal of Law & Technology Fall 2002, 9 old.

W. Michael Reisman, Symposium Legal Responses to International Terrorism: International Legal Responses to Terrorism, 22 Hous. J. Int'l L. (1999). 3, 10-11 old.

⁵³ Susan W. B renner: Organized crime? How cyberspace may affect the structure of criminal relationships, North Carolina Journal of Law & Technology Fall 2002, 5-8 old.

⁵⁴ Anita TrinkfaB: idem 41.old.

⁵⁵ Halmacher: idem.343.old.

⁵⁶ Rapport de Comité sur le crime organisé, le service canadien de renseignements et de criminels 1992, p. 7. Lavigne, Yves, : Hell's Angels, le clan de terreur Toronto, Deneau&Wayne, 1987.p.22

intézkedésekkel körülbástyázzák magukat, melyek révén megteszik azokat az óvintézkedéseket, amelyekkel jobban megvédik magukat a rendőrségtől, polgároktól és a rivális bandáktól. ⁵⁷

Egy másik ügyben, Ófelsége a Királynő c. Donald Robert Brown et coll. Ügyében, egy másik viszonylag hasonló definíció született - egy nem publikus aktában -:

"Minden fanatikus motoros csoport, akik szándékosan tömörülnek olyan bandákba, ahol az erőszak által pontosan szabályozott törvények szerint élnek, és olyan cselekményeket követnek el, amelyeket magukért vagy a csoportért tesznek, állandó konfliktusban a törvénnyel és a társadalommal. ⁵⁸

A kanadai nyomozószervek által az utcai bandabűnözésre használják az alábbi definíciót, mely szerint ez „egy olyan szervezett bűnözői csoport, amely azonos etnikai háttérrel rendelkező fiatal férfiaktól áll, mely csoportnévvel azonosítja magát, melyet közös csoportra jellemző, felszerelés, tetoválások, ruházat és b evezetési rituálé j ellemez”. Akárcsak az is jellemzi őket, hogy gyakran alacsonyabb szintű szervezetségi fokot igénylő bűncselekmények elkövetésében vesznek részt, vagy egy speciális földrajzi térségben találhatóak meg, különösen nagyobb városközpontokban, fő működési területük a kábítószer-kereskedelem, prostitúció.⁵⁹

Ezek a jellemzők és a tények rámutatnak ugyanakkor arra is, hogy ezeknek a csoportoknak nemzetközi kapcsolataik is lehetnek többek között más szervezett bűnözői csoportokkal Európában is, így a jelentőségük, veszélyességük a társadalomra nem elhanyagolható, de még nem állnak azonos szervezetségi fokon mint a maffia.

Mindezeket összegezve megállapíthatjuk, hogy a szervezett bűnözés fogalmába bele tartoznak, de nem merítik ki a fogalmat, pontosan a szervezetségi fokuk miatt.

B.5. Bűnszövetség

Egyes hazai nézetek szerint a szervezett bűnözés értékmérője a büntetőjogilag megfogalmazást nyert bűnszövetségben elkövettség mennyiségi, halmozott előfordulása.

Valóban tagadhatatlan, hogy a szervezett bűnözés lényegi elemeit képezik a bűnszövetséget fémjelző szervezetségi büntetőjogi ismérvei – pl. szerepek elosztása, elkövetés előzetes eltervezése, precizitás, végrehajtás következőt vé ghezvitele st b. - azonban e redukció eredménye a szervezett bűnözést jellemző még számtalan összefüggés figyelmen kívül hagyása lenne.⁶⁰

Hamacher három fő csoportját különíti el a bűnszövetségek:

- Ideológiai indíttatású bűnszövetségek, amelyek tagadják a törvényt, pl. politikai bűnözői tevékenységük terrorizmusba torkollhat.
- Gazdasági bűnszövetségek: megkerülik és kihasználják a törvényt ez a fehér galléros bűnözés⁶¹
- Közöségi bűnszövetség: általában hétköznapi bűncselekmények szervezett elkövetése.

A bűnszövetség, melynek fogalma a 2001-es Btk módosítás előtt a következő volt: "két vagy több személy bűncselekményeket szervezeten követ el, vagy ebben meg állapodik " volt- az akkori hatályos Btk. 137§. 7. pontja szerint. - Vitára okot csak az adhatott, hogy a bűnszövetség fogalmába szereplő "szervezetségi" h ogyan j elment m eg, m ert h a m unkamegosztással, a lá-fölérendeltséggel például, a kkor máris nem bűnszövetségről, hanem bűnszervezetről volt szó. Azonban nem sokat kellett várni az újabb fogalomra, melyet a 2001: CXXI. tv. 19. § (4) bekezdése vezetett be a hatályos Btk-ba. Így a jelenleg hatályos Btk. 137. § 7. pontja szerint a „bűnszövetség akkor létesül, ha 2 vagy több személy

⁵⁷ Cour de justice de l'Ontario, Lorne Brown et al., and 689571 Ontario limited, operating as Sovereign, Property Corporation vs. Durham Regional Police Force, février 1996, no de greffe 45646 192, p.11.

⁵⁸ Jugement de la cour provinciale de l'Alberta, Calgary. 26 août 1988, p.42.

⁵⁹ Criminal Intelligence Service Canada 2006-os éves jelentésének 21. old., www.cisc.ca

⁶⁰ Dr. Borai Ákos : A szervezett bűnözés büntetőjogi kérdései Rendészeti Szemle 1992/5. 15.old.

⁶¹ Dr. Pusztai László: Szervezett bűnözés az NSZK-ban, Ügyészeti Értesítő 1989/2. 36.old

bűncselekményeket szervezeten követ el vagy ebben megállapodik, és legalább egy bűncselekmény elkövetését megkísérlik, de nem jön létre bűnszervezet”.

A h atályos magyar büntető törvénykönyv a *bűnszövetség* fogalmában⁶² a bűncselekmények *szervezett elkövetését* értékeli, ezáltal a magasabb fokú társadalomra veszélyességet, mivel az elkövetők nem csak a bűncselekményt követik el, hanem a bűnözést szervezik meg. A *bűnszövetség* létrejöttének nem csak az a feltétele, hogy *két vagy több személy* – akár tettesként, akár részesként – vegyen részt, hanem az is, hogy az *elkövetők megállapodása* – amely természetesen az elkövetést időben megelőzi - a szervezett bűnelkövetésre, illetve több bűncselekmény elkövetésére irányuljon. Természetesen az előzetes megállapodás alapján legalább egy bűncselekményt kell elkövetniük, vagy megkísérelniük az elkövetőknek ahhoz, hogy a bűnszövetség megállapítható legyen.

Az elkövetkezendőben a fogalom egyes fontosabb elemeit emelem ki, egy rövidke elemzésen keresztül:

1. A „*bűncselekmények*” törvényi szóhasználata alatt több szándékosan elkövetett bűncselekményt kell érteni, éppen ezért az előzetes megállapodásnak is több bűncselekmény elkövetésre kell irányulnia. Vi szont nem m z árja ki a *bűnszövetség* minősítését az a tény, ha az elkövetők két vagy több bűncselekmény elkövetését határozzák el, kezdik el, fejezik be, de cselekmények törvényi egységet alkotnak. A bűncselekmények tekintetében, nincs egyfajta törvényi, taxatív felsorolás, sem a védett jogtárgy azonossága, sem pedig egy adott bűncselekményi körre nézve.
2. A „*szervezett e lkövetés*” fogalmi e leme a d efiníciónak m agába f oglalja a bűncselekmények elkövetésére irányuló előzetes megállapodást, annak ellenére, hogy a törvényi fogalomban külön fordulatként szerepel. Ám az előzetes megállapodás törvényi kiemelése arra a célra szolgál, hogy e körülményből eredő magasabb társadalomra veszélyesség kellőképpen kihangsúlyozva és értékelve legyen.
3. Az „*előzetes megállapodás*”, mint a szervezett elkövetés egyik eleme, időbélileg megelőzi a bűncselekmények elkövetését, az nem fontos mennyi idővel a bűncselekmények elkövetése előtt születik meg az elkövetők között, mint ahogy az sem, h ogy m ilyen f ormájú (hallgatólagos, szóbeli) m aga e z a m egállapodás, a lényeg az, hogy több bűncselekmény elkövetésére irányuljon, vagyis magára a bűnözésre.

A *bűnszövetségben* való elkövetés tekintetében is alkalmazni kell a Btk. tettsége, részesekre vonatkozó szabályanyagát. Ám el kell különíteni a tettesek általi elkövetést a *bűnszövetségben* történő elkövetéstől. Az elkülönítés alapjául az szolgálhat, hogy a tettesek egymás tevékenységéről tudva közösen követnek el bűncselekményt, de nem kell hozzá a szervezethez az elkövetés tekintetében, sem pedig az, hogy az elkövetésre vonatkozó megállapodás – ami esetleg nem is előzetes - több bűncselekmény elkövetésére vonatkozzon. Összességében nézve a törvény nem értékeli a társtettesi minőségben történő elkövetést nagyobb – a minősítésre kihatós úllal - társadalomra veszélyességgel, szemben a *bűnszövetségben* történő elkövetés esetével.⁶³

Mindezek után megállapíthatjuk, hogy azért szerepel ez a fogalom a szervezett bűnözés negatív ismérvei között, mert a bűnszövetség nem teljesen azonos a szervezett bűnözéssel, mivel a szervezett bűnözés fogalmilag egy tágabb kategóriát alkot.

B.6. Bűnszervezet

⁶² Btk. 137. § 7. pont.

⁶³ Legfelső Bíróság IV. Büntető Elvi döntése

A bünszervezet fogalmának definiálására az Európai Unió belül már a 90-es évek óta voltak törekvések, így 1998. december 21. napján az Európai Unió Tanácsa együttes fellépésében az alábbiakként definiálta a bünszervezetet: „olyan strukturált szervezetet jelent, amelyet adott időszakra kettőnél több személy összehangoltan hoz létre olyan bűncselekmények elkövetése céljából, amelyeket a törvény legalább négy évig tartó szabadságvesztéssel vagy szabadságelvonással járó intézkedéssel, illetve ennél súlyosabb büntetéssel sújt, akár a bűncselekmény elkövetése maga a fő cél, akár ez az anyagi haszonszerzés és – adott esetben – az állami hatóságok törvényellenes befolyásolásának eszköze.”⁶⁴

Majd az EU is átvette és a joganyaga részévé tette a 2000. december 12.-én létrejött Határokon Átnyúló Szervezett bűnözésről szóló ENSZ egyezményt és az abban szereplő „szervezett bűnöző csoport” fogalmat amit már korábban említettem.

A szintén korábban említett - és e kategóriába nem tartozó - terrorista csoport fogalmát az EU a bünszervezet 1998-as fogalmára építve alkotta meg 2002-ben. Ezt követően 2005. január 19. napján a Tanács által meghozott kerethatározat javaslata szerint a bünszervezet:

„A strukturált szervezet egy olyan szervezetet jelent, mely nem véletlenszerűen lett létrehozva egy azonnali bűncselekmény elkövetése céljából, nincs szükségszerűen formális szerepmegosztás a tagjai között, illetve folytonosság a létrehozásában.”

Az Európai Unió Tanácsa 2008. október 24.-én elfogadta a **2008/841/IB kerethatározatot**, mely a korábbi (98/733/JAI) kerethatározat helyébe lépve a következőképpen határozza meg a bünszervezetet: „*olyan, kettőnél több személyből álló, hosszabb időre létrejött szervezett csoport, amely összehangoltan működik, és amelynek célja az, hogy legalább négy évig tartó szabadságvesztéssel vagy szabadságelvonással járó intézkedéssel vagy annál szigorúbb szankcióval büntetendő bűncselekményeket kövessen el közvetlen vagy közvetett pénzügyi vagy egyéb anyagi haszonszerzés érdekében*”. A fogalomban használt szervezett csoport alatt kell érteni: „olyan csoportot, amelyet nem véletlenszerűen hoztak létre valamely bűncselekmény közvetlen elkövetésére, és amelyben nem szükségszerű, hogy a tagoknak formálisan meghatározott szerepe legyen, hogy a tagság összetétele állandó legyen vagy hogy a csoport kidolgozott szervezeti felépítéssel rendelkezzen.”⁶⁵ (Ezzel a fogalommal kapcsolatban a tagállamoknak 2010. májusáig van jogharmonizációs kötelezettségük.)

A bünszervezet fogalmi meghatározása több szempontból is jelentős. Egyrészt, mivel fontos szerepe van a társas bűnelkövetési alakzatok fejlődése szempontjából, hiszen az elkövetők közötti szervezettség – mely munkamegosztásban, alá-fölérendeltségben nyilvánul meg többek közt – révén a társas bűnelkövetési alakzatok közt a legfelsőbb szintet képezi, ha egy képzeletbeli „ranglétrát” készítenénk. Másrészt viszont a bűnözés minőségbeli változásának következtében - mely alatt a szervezett elkövetések elszaporodását érttem -, fontos szerepe lenne a szervezett bűnözés elleni büntetőjogi fellépésben, hiszen a szervezett bűnözés kriminológiai fogalmának büntetőjogi „leképezése” ez a Btk.-beli fogalom.

Az elkövetőkben a **bünszervezet** büntetőjogi érdekességeire szeretnék rátérni, e fogalom tekintetében. A bünszervezet fogalmának legelső definiálást – **1997:LXXIII. tv.9.§-a**⁶⁶ - követően, alig egy év elteltével - az **1998:LXXXVII.tv. 35.§-a** módosította-, majd a **2001: CXXI. tv 19.§ (5)** bek módosította a jelenleg hatályos definícióra (Btk.137§. 8. pontja).

Az első bünszervezet fogalom, mely szerint: *bűncselekmények folyamatos elkövetésére létrejött olyan – munkamegosztáson alapuló – bünszövetség, amelynek célja a rendszeres haszonszerzés.*⁶⁷ A szervezett bűnözés kriminológiai ismérvei közül hármat emel ki és olvasztja bele e törvényi fogalomba a jogalkotó. A törvényalkotó abból indult ki, hogy valamennyi bünszervezet egyben bünszövetség is, olyan

⁶⁴ 98/733/JAI, <http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex>

⁶⁵ 2008/841/IB kerethatározat 1. cikk. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:HU:PDF>

⁶⁶ 1997. szeptember 15-i hatállyal került a Btk.137§.ba, annak 7. pontjaként szerepelt.

⁶⁷ 1997. évi LXXIII. Tv. 9.§-a.

bűnszövetség, amely nem néhány bűncselekmény elkövetésre jött létre, hanem mintegy bűnöző vállalkozásként folyamatosan folytatja ezt a tevékenységet, tagjai közt – előre meghatározott munkamegosztás van – és tevékenységük célja a minél nagyobb haszon elérése.⁶⁸

Az 1998-as módosítás óta⁶⁹ számos kriminológiai ismerv jelent meg a fogalomban, a büntető bírák és nem utolsósorban a vádhatóság képviselőinek nem túl nagy öröme. A módosítással a célja az volt a törvényalkotónak, hogy hangsúlyt helyezzen a szervezeti kereteken belüli elkövetésre, hiszen ez a társas bűnelkövetési forma minőségileg más, mint pusztán egyének együtt cselekvése. Másrészt a törvényi fogalomban megjelenik a személyes kapcsolatok szerepe, illetve *bűnszervezetben* való léttel szükségképpen együtt járó (akár absztrakt) személyi szerepvállalás jelentősége. A törvény módosítással azt kívánta elérni, hogy a *bűnszervezet* ne pusztán egy önmagában definiálható fogalom legyen, hanem a *bűnszervezetiség* megállapíthatóságában a mechanizmus ismérvei egyértelmű támpontot adjanak.⁷⁰

A jogszabály szerint a *bűnszervezet*, a *bűnszövetség speciális változata*, fogalmi elemei két csoportra oszthatók: a *külsőleg felismerhető jegyekre* és a *belső tulajdonságokra*.

- Külsőleg felismerhető jegyek*, a szervezet azon tulajdonságai, hogy a bűncselekmények rendszeres elkövetése révén haszonszerzésre jött létre.
- Belső tulajdonságok*, a feladatmegosztáson, alá-fölérendeltségi rendszeren és személyi kapcsolatokon nyugvó szerepvállalás jelenti a fogalomban.

Figyelembe véve, hogy a *bűnszervezet* fogalma a bűnszövetség fogalmából indul ki, így elengedhetetlen a Legfelsőbb Bíróság IV. számú Büntető Elvi Döntésében írtakra utalni. A bűnszövetség elemeinek megvalósulása elengedhetetlen, de nem feltétlenül elégséges, mivel a *bűnszervezet* fejlettebb szintű szervezet, mint a bűnszövetség. A *bűnszervezet* kapcsán a törvény a *bűncselekmények rendszeres elkövetését* követeli meg, a „rendszeresség” fogalmát pedig nyilvánvalóan nem méri a bűnszövetségnél írt két vagy csupán néhány szándékos bűncselekmény. Ugyanígy nehezen lehet elképzelni a jelen pontban megkövetelt *személyi kapcsolatokon nyugvó alá-fölérendeltséget* két vagy azt alig meghaladó elkövető esetén. A *bűnszervezet* általában – nem feltétlenül – azonos vagy hasonló, előre nem tervezett és nem is tervezhető számú, helyhez és időhöz nem köthető eredendően tehát sokkal kevésbé konkretizálható bűncselekmények folyamatát jelenti.

A *bűnszervezet* további fogalmi eleme a bűncselekmények rendszeres elkövetése révén való *haszonszerzés célzata*. E tekintetben jól felismerhetőek az „üzletszerűség” (Btk.137.§. 9. pont) ismérvei két lényeges eltéréssel. Az egyik, hogy nem szó szerint kell érteni a bűncselekmények „hasonló jellegét”, mégis összességében véve a fogalmi elemeket, a hierarchia, ezen belül a feladatmegosztás, a szervezettség, a rendszeresség nyilvánvalóan valamilyen irányultságot követel meg, nem csak a tagoktól, hanem a szervezettől is. A másik eltérés, amíg az üzletszerűségnél feltétel, hogy az elkövető a saját anyagi haszna elérése érdekében valósítja meg a bűncselekményt, addig ebben az esetben az érdekeltég nem a konkrét elkövetői személyhez, hanem magához a *bűnszervezethez* kapcsolódik. Viszont maga a *haszonszerzés* elengedhetetlen feltétel, mert ennek hiánya esetén már nem *bűnszervezetről*, hanem *terroriszervezetről* beszélhetünk.

A *belső tulajdonságok* tekintetében a törvény hangsúlyozza a szerepvállalást, ami erősen kötődik a személyi kapcsolatokhoz, melyeket leginkább az jellemez, hogy az minden tekintetben igen korlátozott, az adott alá-és fölérendelt személyen túl a konkrét elkövető számára a kapcsolatrendszer további részei nem ismertek. A feladatmegosztás lényege a tevékenységi kör konspirációs célt szolgáló részfeladatokra osztása. A szervezet valamennyi résztvevője, így vezetője vagy a tagja, támogatója

⁶⁸ Az 1997. évi LXXIII. Tv. részletes indoklása szerint.

⁶⁹ 1998:LXXXVII. tv. 35. § a Btk. 137. § 8. pontjában helyezi el a módosított bűnszervezet fogalmát, mely: „bűncselekmények rendszeres elkövetése révén haszonszerzés végett létrejött olyan bűnszövetség, amely feladatmegosztáson, alá-fölérendeltségi rendszeren és személyi kapcsolatokon nyugvó szerepvállaláson alapul.”

⁷⁰ Az 1998. évi LXXXVII. Tv. részletes indoklása szerint.

tisztába van azzal, hogy saját elkülönült és jól körül határolható tevékenysége része az egésznek. Hisz a részfeladat elengedhetetlenül része a szervezet egészének.

Jelenleg hatályos bűnszervezet fogalom a 2001. évi CXVI. tv. 19. § (5). bekezdése iktatta be a Btk.-ba – 2002. április 1. napjától lépett hatályba -mely szerint, a *bűnszervezet: három vagy több személyből álló, hosszabb időre szervezett, összehangoltan működő csoport, amelynek célja öt évi vagy ezt meghaladó szabadságvesztéssel büntetendő szándékos bűncselekmények elkövetése.*⁷¹

E fogalommal kapcsolatban megjegyezhető, hogy a nemzetközi fogalom alkotás eredményei felismerhetők benne⁷², akárcsak a kriminológia ismerve. Maga a fogalom a csoportos elkövetésen és a bűnszövetség fogalmán túl mutat. Az alábbi érdekességeket kell kiemelni a fogalommal kapcsolatban:

- Az elkövetőknek nem kell pontosan ismerniük a tervbe vett bűncselekmények büntetési tételeit, elégséges ha annak tudatában vannak, hogy „súlyos megítélésű” bűncselekmények elkövetésére jött létre a szerveződés.
- Ha valamely bűncselekmény a bűnszövetségben elkövetésre tekintettel éri el az öt évi szabadságvesztés kiszabását lehetővé tevő büntetési tételt, a bűnszervezet nem állapítható meg.
- A bűnszervezet létrejöhet úgy is, hogy a keretében elkövetett cselekményeket irányító vagy vezető személy hangolja össze az elkövetők magatartását, akik egymás tevékenységéről esetleg nem is tudnak.
- A bűnszervezet a bűnszövetséghez és a csoportos elkövetéshez képest nem minősítő körülmény, hanem külön paragrafus (Btk. 98.§) szabályozza.
- Hosszabb időre szervezettség jelenti, hogy a közreműködők meghatározatlan időre vagy legalább néhány hónapra tervezik azt az időszakot, amely alatt az említett bűncselekményeket kívánják elkövetni.
- Összehangoltság jelenti, hogy ha a tagok a bűncselekményekkel kapcsolatos feladatokat megosztják, ez nyilvánvalóan előzetes tervezést, bizonyos fokú irányítást, szervezést feltételez.⁷³ Egy bírósági ítélet⁷⁴ rámutatott e tekintetben, hogy az összehangolt működés jelenti a bűnszervezetben cselekvő személyek tevékenységének egymást erősítő hatása. E tekintetben nem szükséges hogy az elkövetők személyesen ismerjék egymást, illetve az egymás közötti személyes kapcsolat sem bír relevanciával. Azonban nem egységes e kérdés megítélése.
- A bűnszervezet tagjaként elkövetett magatartás csak annak az elkövetőnek róható fel, aki a bűnszervezet feladatmegosztáson, alá-fölérendeltségre épített módon kialakított szervezetében a szervezetet ismerve, annak tagjaival állandó kapcsolatban együttműködve fejtette ki a tevékenységét.⁷⁵
- A bűnszervezet által a szervezeten kívülálló személynek adott megbízással a megbízott nem vált a bűnszervezet tagjává, mivel ehhez a szervezetbe történő tényleges betagozódás a szervezet belső működésének ismerete és az abban való aktív részvétel szükséges. Az ettől eltérő

⁷¹ 1978:IV. tv. 137.§ 8 pont.

⁷² Pl az ENSZ Határokon Átnyúló szervezett bűnözésről szóló egyezményének a szervezett bűnözői csoport meghatározása. (Egyezmény 2. cikke)

⁷³ 2001:CVI. tv. indokolása

⁷⁴ Vas Megyei Bíróság 18 -H-BJ-2008-1 (B.417/2005/447, b írásági s zámú) s zámú elsőfokú határozata, <http://www.birosag.hu/engine.aspx?page=anonim>, 287. old.

Vas Megyei Bíróság B. 306/2006/68 számú ítélet, 82-85. old. <http://www.birosag.hu/engine.aspx?page=anonim>.

Azonban a Győri Ítéltábla mindkét ügyben fellebbezési fórumként eljárva, megállapította, hogy a szervezettség az adott ügyben nem volt elégséges ahhoz, hogy a csoportok egy tagja ismerte a másik csoport tagját akikkel -, hogy a bűnszövetség megállapításra kerülhessen, így a minősítésen változtatott bűnszövetségben történt elkövetésre. Az Ítéltábla álláspontja szerint a bűnszervezetre nézve a nyomozó hatóság nem folytatott le eljárást, így arra csak következtetni lehetett, ennek következtében a bűnszervezet ítéleti bizonyossággal nem állapítható meg. (GYIT-H-BJ-2007-44 sz. Határozat., bírósági szám: Bf.60/2007/81. Szám, Bf.114/2007/49. Szám <http://www.birosag.hu/engine.aspx?page=anonim>).

⁷⁵ Vas Megyei Bíróság 18 -H-BJ-2008-1 számú elsőfokú határozata, <http://www.birosag.hu/engine.aspx?page=anonim>, 287.old. E határozatban a bíróság kiemeli, hogy “elkövető tudatának nem arra kell kiterjednie, hogy egy bűnszervezet a törvényi feltételek szerint létrejött, hanem arra, hogy a bűnszervezet tárgyi sajátosságai ismeretében annak működéséhez csatlakozik, illetve annak keretében cselekszik. E tudattartalomnak még csak szándékosnak sem kell lennie, elegendő a szándékos szándékú”.

értelmezés a bűnszervezet fogalmának fellazításával indokolatlanul tágítaná a büntetőjogi felelősség körét: a bűnszervezetben tényleges részvétellel járó súlyosabb fenyegetettség kiterjedne mindenre, aki valamilyen módon közvetlen vagy közvetett kapcsolatba kerülne a bűnszervezet valamely tagjával.

- Határozott különbséget kell tenni a bűnszervezet tagjaként, illetve a bűnszervezet (vagy annak bármely tagja) megbízásából elkövetett bűncselekmény anyagi jogi megítélése között, a korábbi pontban foglaltak miatt.
- A bűnszervezet tagjaként elkövetés csak akkor állapítható meg, ha a terhelt cselekményei az értelmező rendelkezés szerinti ismérveknek hiánytalanul megfelelnek és ezen ismérvek megállapíthatóságához szükséges tényeket a tényállás maradéktalanul tartalmazza.⁷⁶

Figyelemmel a bűnszervezetnek a törvényben szereplő meghatározására, a bűnszervezetben elkövetés megállapítható akkor, ha három vagy több személy, hosszabb időre abból a célból szerveződött, hogy öt évi vagy ezt meghaladó szabadságvesztéssel fenyegetett büntetett összehangoltan kövessen el, és egy személy egy büntetett (vagy annak a kísérletét) elkövet. A csoport azon tagjai, akik más büntetett nem követtek el, bűnszervezetben részvétel (a törvény 52. §-a) miatt lesznek büntetendőek (Btk. 263/C. §)

A törvénynek a bűnszervezetre vonatkozó szabályai között ekként egymással összefüggenek a bűnszervezet meghatározására, a bűnszervezetben elkövetett büntettek miatt a büntetés kiszabására és a bűnszervezetben részvételre vonatkozó rendelkezések (a törvény 17. és 52. §-ai).

A fentiekre figyelemmel is megállapítható, hogy a bűnszervezet fogalma áll a legközelebb a szervezett bűnözés kriminológiai fogalmához, de még sem fedi le azt teljesen, hiszen ezek a szervezett bűnözői csoportok haszonszerzési céllal jönnek létre, nem pedig eddig több éves börtönbüntetéssel fenyegetett bűncselekmények elkövetése céljából.

Záró gondolatok

Végül következtetésként levonhatjuk, hogy a kriminológiai kutatások igenis fontos szerepet kapnak a szervezett bűnözés elleni fellépésben, segítséget nyújtván a büntetőjognak is. Pontosán ezen kutatások eredményeként kell ellene kerülni az olyan hibás megállapításokat, ami manapság már mindennaposnak tekinthető, mely szerint a szervezett bűnözés egyésgyanús, mint a mafia. A fentiekben kifejtettek mellé már csak az tetteném hozzá, hogy óriási veszélye van a mafiatípusú bűnszervezeteknek, de nem szabad figyelmen kívül hagyni az alacsonyabb szervezettségi fokkal rendelkező szervezett bűnözői csoportokat, mint a banda bűnözés. Hiszen ha csak egy észak-amerikai bandának a tevékenységi körét, és taglétszámát vesszük figyelembe (pl Észak-Amerikában a motoros bandák taglétszáma jó pár ezer főt tesz ki) arra a megállapításra juthatunk, hogy igenis nem elhanyagolható tényezőnek számít a közel 20 országban megtalálható széles körű kapcsolatrendszerével.⁷⁷ Mindezek ismeretében a kérdés csak az, hogy a kriminológiai kutatások milyen szinten és formában jelennek meg a büntető anyagi jogban, és ezek a fogalmak mennyire szolgálják hatékonyan a szervezett bűnözés elleni fellépés eredményességét. Ha megfigyeljük a bűnszervezet fogalmának változását, megállapíthatjuk, hogy a fogalomba időről időre megpróbált a törvényalkotó minnél több kriminológiai ismérvet bele helyezni, azonban az ismérvekkel zsúfolt fogalom a bizonyítás tekintetében bukik meg, mint ahogy azt mind a mai napig láthatjuk a bírósági ítéletekben.

Ugyancsak kérdés lehet, hogy mennyire érdemes átvenni más jogrendszerek (angolszász) fogalmait. Ezzel természetesen nem azt mondom, hogy minden un. idegen jogintézménytől zárkozzunk el, hanem azon a véleményen vagyok, hogy azokkal az országokkal kell szorosabb büntetőjogi együttműködést kialakítani ahol, a szervezett bűnözés területén jelentős eredmények születtek, és a már hatékonyan működő jogintézményeket (fogalmat) integráljuk, illetve formáljuk át a saját

⁷⁶ 4/2005 Legfelső Bíróság Büntető jogegységi Határozata

⁷⁷ Rapport du Comité sur le crime organisé, service canadien de renseignement criminels 1997, <http://www.rcmp-grc.ca/org-crime>

jogrendszerünk 'képére'. Mindezzel elkerülhetnénk, a zárlandótörvénymódosításokkal a jogbizonytalanságnak, és a szervezett bűnözésnek kellő táptalajt adva a további fejlődéséhez.